H

536

— 1 —

von Halden

N. 3165.

Versuch
einer
ausführlichen
systematischen Erläuterung
der Lehre
vom
Concurs
der Gläubiger

von

Christoph Christian Dabelow,
der Rechte Doctor und Professor
zu Halle.

EIGENTHUM DER STADT
AUGSBURG

Erster Theil.

Halle,
bei Hemmerde und Schwetschke,
1792.

Vorrede.

Furchtsam wage ich es, dem Publicum diesen ersten Theil meines Versuchs einer ausführlichen systematischen Erläuterung der Lehre vom Concurs der Gläubiger, vorzulegen, in welchem ich nicht allein von der bisherigen Behandlung dieser Lehre, sondern auch von der Vorstellungsart in so mancher Rücksicht gänzlich abgewichen bin. Einen Versuch habe ich das Werk um deswillen genannt, weil ich mich zu schwach fühlte, etwas ganz Vollständiges und Ausführliches zu liefern. Wer die Schwierigkeiten kennt, mit welchen die Behandlung der vorliegenden Lehre verbunden ist, wird mir gewiß Recht geben, wenn ich behaupte, daß wol schwerlich je ein Werk erscheinen dürfte, worin selbige völlig erschöpfet worden.

Von Salgado de Samoza an bis auf unsere Zeit, ist die Lehre vom Concurs der Gläubiger, als eine der wichtigsten und practischen Leh-

ren, ein Gegenstand der Beschäfftigung der angesehensten Rechtslehrer gewesen, allein noch ist meines Wissens kein Werk erschienen, worin diese Lehre in ihrem Umfange abgehandelt, und aus ihren Urbegriffen erörtert worden wäre. Denn das Werk des Salgado de Samoza wird wol schwerlich als ein solches gelten können, wenn es auch gleich als Hauptwerk in dieser Lehre zu betrachten ist, und andere Rechtslehrer haben sich blos mit der Entwickelung einzelner hieher gehörigen Materien beschäfftiget, oder sich doch wenigstens nie irgend etwas Vollständiges zu leisten, angelegen seyn lassen. In so ferne also bedarf mein Unternehmen, diese Lehre in ein ordentliches System zu bringen, und etwas Ganzes zu liefern, keiner Entschuldigung, sondern alles, was ich mit dem Leser abzumachen habe, betrifft die Sache selbst, nemlich theils das System, welches ich wählte, und bey meiner Abhandlung befolgte, theils die Lehrsätze, welche ich aufgestellet habe.

Was zuförderst das System anbetrifft, welches ich bey der Abhandlung dieser Lehre zum Grun-

de

de legte, so glaube ich mich deshalb mit wenig Worten rechtfertigen zu können. Es ist das natürlichste ganz ohne alle Steifigkeit, und so gestellt, daß eins durch das andere Licht erhält. In der Einleitung habe ich theils von dem Begriff, Wesen, und der Eintheilung des Concurses gehandelt, theils solche Lehren mitgenommen, die sich nicht füglich unter ein besonderes Hauptstück fassen liessen, und den übrigen um deswillen voraufgehen mußten, weil sie in mancher Rücksicht zur Erläuterung derselben dienen. Das Ganze zerfällt in zehn Hauptstücke, wovon dieser Theil die drey ersten und wichtigsten enthält.

Nicht so geschwinde werde ich mit der Rechtfertigung der Ausführung selbst, und der Lehrsätze fertig, welche das Buch enthält. Hier bin ich zu sehr, sowol von der bisherigen Methode, als den gemeinen Lehrsätzen abgewichen, als daß ich nicht vielen Widersprüchen entgegensehen könnte; ja! ich muß wol gar erwarten, daß man viele meiner Behauptungen, wenn nicht zu den offenbarsten Ungereimtheiten, jedoch zu den bloßen Hypo-

thesen rechnet, und mir das Studium der practischen Rechtslehrer anempfiehlt. Ich sehe mich daher genöthiget, um Vorwürfen, die mich treffen könnten, wenigstens vorläufig zu begegnen, mich hierüber bestimmter zu rechtfertigen.

Die bisherige Behandlungsart der Lehre vom Concurs der Gläubiger schien mir aus einem doppelten Grunde äußerst fehlerhaft. Erstens, weil man das Practische in dieser Lehre nicht von dem Theoretischen genau absonderte, sondern ohne Plan alles durcheinander warf, woraus natürlicherweise Verirrungen entstehen mußten. Ja! man ging wol gar so weit, daß man das Practische in dieser Lehre für das ohnweit wichtigere hielt, und das Theoretische nur nebenbey, und ganz oberflächlich erläuterte, die Lehre vom Vorzugsrecht der Gläubiger ausgenommen, welche man noch am ausführlichsten behandelte. Die theoretischen Lehren des Concurses der Gläubiger waren bis dahin blos ein Gegenstand der Inaugural-Disputationen, und anderer kleinerer akademischen Schriften, welche größtentheils, wie bekannt ist, nur in

den Händen weniger sich befinden, und sehr vielen Richtern und Advocaten gänzlich unbekannt bleiben, welche sich daher aus einem Ludovici und Brunnemann ꝛc. Raths erholen müssen, die doch hier so äußerst unvollständig sind. Ein zweyter Grund, warum mir die bisherige Behandlungsart der mehrgedachten Lehre fehlerhaft schien, ist dieser, weil man sich zu sehr an römische Grundsätze, und zwar an solche anschloß, die wegen unserer, so ganz von der römischen verschiedenen Staats- und Gerichtsverfassung, entweder gar nicht mehr, oder doch nur mit der gehörigen Vorsicht, angewendet werden können. Die Schriften sowol älterer, als neuerer Rechtslehrer, geben davon einen zu starken Beweis, als daß ich glauben sollte, in dieser Behauptung irren zu können, besonders wenn man auf das Rücksicht nimmt, was darin von dem Anfange und den Wirkungen des Concurses enthalten ist.

Meine Hauptabsicht bey dem gegenwärtigen Buche war, die bisherige, mir wenigstens aus den angeführten Gründen fehlerhaft scheinende Behand-

handlungsart der Lehre vom Concurs der Gläubiger zu verbessern. Ich sonderte daher zuförderst das Theoretische von dem Practischen gänzlich ab, und ließ mir nur blos das erstere, als das wichtigste zur Ausführung dienen. Ich war Anfangs willens, noch in einem besondern Theil zuletzt das Practische abzuhandeln, wenn ich mit dem Theoretischen fertig seyn würde, allein dies Vorhaben habe ich jetzt ganz aufgegeben, weil über diesen Gegenstand Schriften in Menge vorhanden sind, und ich nicht gerne die Dinge ohne Noth vervielfältigen mag. Ein Clapproth entschädiget hier hinlänglich.

Ich habe den Begriff, den Anfang und die Wirkungen des Concurses der Gläubiger aus natürlichen Rechtsgrundsätzen zu bestimmen gesucht. Das römische Recht enthält hier keine gesetzlichen Bestimmungen, und andre gemeine deutsche Rechte giebt es nicht, welche hier zur Führerin dienen könnten. Die Grundsätze von der prätorischen Immission können zwar in mancher Rücksicht analogisch beym Concurse der Gläubiger, in Ewigkeit aber nicht geradezu, und ohne alle Einschränkung an-

angewendet werden. Und eben so wenig läßt sich aus der Güter-Abtretung, oder aus gerichtlichen beym Concurse vorkommenden Verhandlungen etwas hernehmen, was man zu einem Grundbegriff in dieser Lehre gebrauchen könnte. Ich nahm daher bey dem Mangel positiver Gesetze das an, was nach natürlichen Rechtsbegriffen angenommen werden mußte, unterstützte jedoch so viel als möglich durch positive Gesetze, oder wenigstens durch die Analogie derselben meine Behauptung, wo ich davon nur, ohne sie bey den Haaren herbeyzuziehen, Gebrauch machen konnte. Die Einleitung sowohl als das ganze erste Hauptstück enthält Theorien dieser Art. Irre ich nicht, so unterstellte mancher meiner Vorgänger schon die Grundsätze stillschweigend, mit welchen ich hier so frey, so ganz ohne Scheu hervorgetreten bin. Ob ich in der Ausführung selbst glücklich gewesen bin, überlasse ich dem Urtheil des Kenners. Mir genügt es den ersten Versuch gemacht und die Grundlinien gezogen zu haben.

In der Lehre vom Concurse der Gläubiger haben sich durch verjährte Autorität der Rechtsleh-

rer

rer Eintheilungen eingeschlichen, welche man nicht allein, als unumstößlich richtig ansah, sondern welchen man auch Wirkungen abphilosophirte, die doch nach allen Vernunftbegriffen gar nicht statt finden konnten. Diese habe ich in der Einleitung zu zernichten gesucht, weil ich mich durchaus nicht davon überzeugen kann, daß ein unrichtiger Grundsatz dadurch richtig werde, wenn er auch gleich von allen Rechtslehrern vertheidiget wird.

Da ich bey meiner Abhandlung einen neuen Weg einschlug, so konnte es auch nicht fehlen, daß ich die Lehrsätze der größten und angesehensten Rechtslehrer oft unanpassend finden, und sie wenigstens zu erschüttern suchen mußte. Wenn ich hier so manchen angesehenen Rechtslehrer mich entgegensetzte, so versichere ich zugleich aufrichtig, daß mich nicht Eitelkeit, oder Neuerungs-Sucht, die in unsern Tagen so sehr herrscht, sondern blos Wahrheitsliebe dazu antrieb, und daß ich vor diese Männer von der größten Verehrung eingenommen bin. Ich glaube auch, allenthalben die jedem

Ge-

Vorrede.

Gelehrten so sehr zu empfehlende Bescheidenheit beobachtet zu haben.

Bey diesem ersten Theil meines Versuchs ꝛc. habe ich übrigens mich so viel als möglich bemühet, das Werk so einzurichten, daß es nicht blos für den gelehrten Theoretiker, sondern vorzüglich für den practischen Juristen brauchbar seyn möge. Ich habe allenthalben die neuesten und besten kleineren Abhandlungen benutzt, obgleich ich auch hin und wieder mit auf größere Werke Rücksicht genommen habe. Es wäre mir etwas leichtes gewesen, mein Werk noch mit einigen hundert Citaten mehr auszuschmücken, mich besonders in dem dritten Hauptstück weitläuftig mit den Commentatoren herumzubeißen, und zu bemerken, was dieser oder jener behauptet habe, und meine Widerlegung hinzuzufügen. Allein wozu dieser Unrath, der wirklich nur den Leser ermüdet, und ein Buch ohne Noth dicker und theurer macht. Dies letztere war auch der Grund, warum ich so wenig als möglich ausschweifte — warum ich mich fast ängstlich an den Gegenstand meiner Bearbeitung anschloß.

schloß. Nirgends glaube ich auch zu weitläuftig gewesen zu seyn, sondern mich so kurz als möglich gefaßt zu haben, es wäre denn, daß die Wichtigkeit der Sache eine weitläuftige Ausführung nöthig gemacht hätte.

Die Uebereilung mit dem Druck hat verschiedene Druckfehler hervorgebracht, wovon ich die vorzüglichsten am Ende des Buchs bemerkt habe, und die anderen den Leser zu berichtigen bitte. Auch habe ich noch in einigen Zusätzen dasjenige angemerkt, was ich bey der Arbeit selbst übersehen hatte.

Uebrigens unterwerfe ich dem Urtheil des gelehrten Publicums dieses Werk, dessen Beyfall ich so hoch schätze, und dessen gegründete Erinnerungen mir nie anders, als höchst willkommen seyn werden.

Die Fortsetzung dieses Werks wird unfehlbar in der Michaelismesse erscheinen. Halle den 28. April. 1792.

Versuch

einer

ausführlichen

systematischen Erläuterung

der Lehre

vom

Concurs der Gläubiger.

Einleitung.

§. 1.

Verschiedene Bedeutungen des Worts — Concurs der Gläubiger.

Das Wort — Concurs der Gläubiger (concursus Creditorum) hat verschiedene Bedeutungen [1]), mit welchen wir uns vor allen Dingen bekannt machen müssen.

1) Bedeutet Concurs der Gläubiger den Zustand des Vermögens eines Schuldners, aus welchem mehrere Gläubiger von verschiedenen Forderungen ihre Befriedigung gerichtlich nachsuchen, welche zu gewähren selbiges aber nicht hinreichend ist [2]). Den Römern war in dieser Bedeutung das Wort — Concurs der Gläubiger, wie Leyser [3]) richtig bemerkt, völlig unbekannt. Die *L. 7. D. qui potiores in pignore*, welche aus dem Libr. III. Disputationum des Ulpians, wie die Ueberschrift besagt, genommen ist, und worin eines — concursus creditorum Erwähnung geschieht, redet zu augenscheinlich von einem anderen Fall, als daß sie hieher gedeutet werden könnte [4]). Sie bedienten sich an dessen Statt, um einen solchen Vermögens-Zustand eines Schuldners zu bezeichnen, der Ausdrücke — decoquere — non solvendo fieri — conturbare. Der letztere Ausdruck, welcher den Zustand einer überaus großen Verwirrung, oder Unordnung andeutet [5]), scheint bey ihnen am gebräuchlichsten gewesen zu seyn, indem er nicht nur bey solchen

Schriftstellern Latiums, die mit der Sprache der Gerichte in genauer Bekanntschaft standen, sondern auch selbst in verschiedenen Gesetzstellen des römischen Rechtskörpers, in dieser Bedeutung, angetroffen wird. So heißt es z. B. beym Cicero in Orat. pro Plancio Cap. 28: Fac me multis debere, et in iis Plancio, utrum igitur me *conturbare* oportet. Davon daß dieses Wort auch in den Gesetzen, und zwar in der von mir behaupteten Bedeutung angetroffen wird, mögen nachstehende beyde Gesetze als Beyspiel dienen. *L. 5. §. 9. D. de instit. act.* Si quis pistor servum suum solitus fuit in certum locum mittere, ad panem vendendum, deinde is pecunia accepta praesenti, ut per dies singulos eis panem praestaret, *conturbaverit* etc. *L. 16. D. de in rem verso.* Quidam fundum colendum servo suo locavit, et boves ei dederat, cum si boves non essent idonei, jusserat eos venire, et his nummis, qui recepti essent, alios reparari: servus boves vendiderat, alios redemerat, nummos venditori non solverat, postea *conturbaverat* etc. — Auf diese erstere Bedeutung des Worts Concurs der Gläubiger haben die Redensarten — einen Concurs erregen — Concurs machen — es ist ein Concurs ausgebrochen — Beziehung. Ersteres sagt man von den Gläubigern, wenn diese in so starker Zahl gegen den Schuldner angedrungen sind, daß dessen Vermögen nicht mehr zu ihrer allerseitigen Befriedigung hinreichend ist. Der Ausdruck — Concurs machen, wird von dem Schuldner gebraucht, weil dieser durch seine üble Wirthschaft, wie gemeiniglich der Fall ist, zu solchem seinen Vermögens-Zustande beygetragen hat. Des Ausdrucks — es ist ein Concurs ausgebrochen endlich, bedient man sich, um die Entstehung eines solchen Vermögens-Zustandes eines Schuldners im allgemeinen zu bezeichnen, welcher nach der oben angegebenen Bestimmung — Concurs der Gläubiger genannt wird.

2) Wird

2) Wird auch dem gesammten Corpus der Gläubiger, welche aus den Gütern eines insolventen Schuldners ihre Befriedigung nachsuchen, diese Benennung beygelegt. So sagt man z. B. wenn nach bereits ausgebrochenem Concurse der Gläubiger, in der ersten Bedeutung dieses Worts, die Gläubiger gemeinschaftlich etwas zu ihrer Befriedigung abzweckendes unter einander festgesetzt, oder regulirt haben: der Concurs der Gläubiger hat beschlossen, daß u. s. f. — imgleichen wenn der Richter den gesammten Gläubigern in dieser ihrer Angelegenheit etwas zu thun aufgegeben hat: Es ist an den Concurs eine richterliche Entschließung ergangen. — Endlich

3) wird auch der Rechtsstreit, welchen die mehreren Gläubiger, nachdem sich auf Seiten des Schuldners, das Unvermögen, Zahlung zu leisten, ergeben hat, darüber unter sich führen, wer von ihnen, aus dem zur allerseitigen Befriedigung unzureichenden schuldnerischen Vermögen, zuerst das Seinige erhalten soll — Concurs der Gläubiger genannt. In dieser Bedeutung, welche der Ableitung desselben von dem lateinischen Worte — concurrere am gemäßesten ist [6]), wird das Wort — Concurs der Gläubiger fast allgemein von den Rechtslehrern gebraucht. So definirt z. B. *Io. Aug.* HELLFELDT in Iurisprud. forens. §. 1812. den Concurs der Gläubiger folgendergestalt: Est Iudicium, quo plures Creditores solutionem urgent, et ob bonorum insufficientiam inter se certant. So nennt *Wolffg. Ad.* LAUTERBACH in Colleg. theoret. practico Tit. *de reb. auctor. Iudic. possidend.* §. XX. denselben ein Iudicium universale inter creditores concurrentes, ut ipsis sententia Iudicis, ex bonis debitoris secundum cuiusque praerogativam quantum potest satisfiat. Man

ſehe auch LEYSER in Meditat. ad Pandectas Spec. 478. n. 3. *Alb. Phil.* FRICK L. S. de revocandis tam rebus alienatis, quam nummis ſolutis imminente aut moto concurſus Iudicio §. 1. *Carl Frid.* WALCH D. de compenſat. in concurſu creditorum §. VIII. *Ioh. Fried.* WAHL de Iudice in concurſu creditor. competente. Goett. 1750. §. XVI. *Ioh. Godofr.* BAUER in Progr. de Iudicio concurſus creditorum univerſali, et creditoribus modo ſingulorum, modo univerſitatis faciem induentibus. Lipſ. 1754, auch in ſeinen von *Henr. Godofr.* BAUER herausgegebenen Opusculis Academicis T. I. nr. XXXVI. und andere ſowol ältere als neuere Rechtslehrer mehr, die ich hier anzuführen für überflüſſig halte.

Auf dieſe letztere Bedeutung des Worts — Concurs der Gläubiger, haben die Redensarten — ſich in den Concurs einlaſſen (ſe immiſcere concurſui creditorum), imgleichen — den Concurs eröffnen, Beziehung. Erſteres ſagt man nicht nur von einem Vindicanten, der beſonderer eintretenden Umſtände halber, bey entſtandenem Concurſe der Gläubiger in der erſten Bedeutung dieſes Worts, ſein Vindications-Recht nicht in Ausübung bringen kann, ſondern ſich ſeiner Anforderungen halber an dem Vermögen des Schuldners ſelbſt halten, und ſich über den Vorzug und die Erſtigkeit derſelben, mit den eigentlichen Concurs-Gläubigern in einen förmlichen Rechtsſtreit einlaſſen muß; ſondern auch von einem Gläubiger, dem das Separations- oder Quaſi-Separations-Recht zuſtändig war, deſſen er ſich aber verluſtig gemacht hat, und daher nunmehr mit den übrigen Gläubigern des Concurſes über den Vorzug und die Erſtigkeit ſeiner Forderungen ſtreiten muß. Außerdem bedient man ſich dieſes Ausdrucks, mehrerer anderer Fälle zu geſchwei-

gen

gen, auch noch vorzüglich alsdann, wenn davon die Rede ist, ob ein Pfandgläubiger das innehabende Faustpfand zurückbehalten, und sich davon bezahlt machen könne, oder ob er solches an die Concursmasse ausliefern, und sich wegen seiner Forderungen in den Concursproceß einlassen müsse. — Letzteres sagt man von dem Richter, wenn nemlich dieser in Gemäßheit der gesetzlichen Vorschriften, die durch die Edictal-Citation zusammenberufene Gläubiger des Schuldners, welche sich über die Vertheilung des noch vorhandenen schuldnerischen Vermögens nicht gütlich vereinbaren können, gerichtlich zur Liquidation ihrer Forderungen, und Ausführung der Erstigkeit derselben auffordert, indem dadurch der Concurs-Proceß eröffnet, oder eingeleitet wird [7]).

1) S. *Dan.* NETTELBLADT Systema. element. Iurisprudent. posit. germanor. commun. general. §. 799.

2) In diesem Begriff liegen alle unten näher zu entwickelnde Erfordernisse des Concurses.

3) in Meditat. ad Pandectas Spec. 478 nr. 1.

4) *Io.* BRUNNEMANN de processu Concursus Creditorum. pag. 3.

5) Sehr deutlich zeigt dies eine Stelle beym MARTIAL Libr. IV. Epigram. 9. folgenden Inhalts:

Conturbabit Atlas, et non erit uncia tota
Decidat tecum qua Pater ipse Deum.

Siehe auch *Barnab.* BRISSONIUS in tract. de Verbor. significat. pag. 265.

6) S. *Iust. Henn.* BOEHMER in Exercit. ad Pandect. P. V. pag. 561.

7) Ich weiß sehr wohl, daß die mehresten Rechtslehrer, mit dem Ausdrucke — den Concurs eröffnen, einen ganz andern Begriff verbinden, und darunter überhaupt die Einmischung des Richters z. B. die Erlassung der Edictal-Citation, und andere dergleichen richterliche Handlungen verstehen. S. Sebast. Adam Krafts practische Anmerkungen über den Concurs-Proceß §. 61. imgleichen Justus Clapproths Einleitung in sämmt-

sämmtliche summarische Processe 2 Th. vom Concurs-Proceß §. 8. Allein man sieht auch gleich beym ersten Anblick ein, wie sehr solches der eigentlichen Bedeutung dieses Worts widerspricht, und kann man daher die richterliche Einmischung füglicher blos, die Formirung des Concurses (formatio Concursus) nennen

§. 2.

Wird gezeigt, in welcher Bedeutung hier das Wort — Concurs der Gläubiger zu nehmen sey.

Wir legen bey der gegenwärtigen Abhandlung die erstere der im vorigen §. angemerkten mehreren Bedeutungen des Worts — Concurs der Gläubiger, vorzüglich zum Grunde, und betrachten die zweyte als einen bloßen Sprachgebrauch, wovon im geringsten keine rechtliche Wahrheiten angegeben werden können, die dritte aber als eine Folge der ersteren, wovon die dahin gehörigen Wahrheiten den Concurs-Proceß ausmachen, und nicht zu unserer Discussion gehören, da der Endzweck dieser Abhandlung blos auf die theoretischen Lehren des Concurses der Gläubiger eingeschränkt ist. Der Concurs-Proceß ist sowol in allgemeinen Schriften über den Proceß überhaupt, als auch in besonderen so ausführlich abgehandelt worden, daß eine neue Bearbeitung völlig überflüßig werden dürfte, zumal wenn man erwägt, daß in Ansehung desselben so viel auf die Verfassung einzelner teutschen Länder und Proceß-Ordnungen beruht. — Man sehe unter mehreren hieher gehörigen Schriften: Jac. Friedrich Ludovici Einleitung zum Concurs-Proceß. Halle 1726. *Io.* BRUNNEMANN de Processu concursus creditorum praelect. public. not. et additionib. necessar. illustratae a *Samuel* STRYCKIO. Francof. ad Viadr. 1742. Sebastian Adam Krafts Practische Anmerkungen über den Concurs-Proceß sowol überhaupt als in Franken, besonders in den Hochfürstlich-Brandenden-

denburgischen landen. Erlangen 1786, welches Buch zwar vieles aus particulairen Rechten in sich faßt, aber doch auch gute Beyträge zum Concurs-Proceß nach dem gemeinen Recht enthält. So handeln auch vom Concurs-Proceß *Io. Gottfr.* SCHAUMBURG in Princip. prax. Iuridic. Iudicior. L. II. C. VIII. der vom Herrn Hofrath Reichardt Ien. 1769 neu besorgten Ausgabe, imgleichen Justus Clapproth in der Einleitung in sämmtliche summarische Processe 2. Th. vom Concurs-Proceß, und Daniel Nettelbladt in dem Versuch einer Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit 3te Auflage. Halle 1784. §. 813 — 823. und a. m.

§. 3.

Die Criterien des Concurses der Gläubiger werden bestimmt, welche darin bestehen, daß

Dis vorausgesetzt wird es vor allen Dingen, und ehe ich weiter zur Ausführung meines Vorhabens schreiten kann, nöthig seyn, die Criterien des Concurses der Gläubiger, in der von mir §. 2. zum Grunde gelegten Bedeutung dieses Worts zu bestimmen. Ich werde mich dabey um so mehr aller nur möglichen Präcision befleißigen, als ich überzeugt bin, daß dadurch nicht nur das Ganze in ein helleres Licht gestellet, sondern auch manchen Verirrungen vorgebeugt wird, die eine nachläßige Bestimmung dieses Puncts zur Folge haben kann, auch wirklich zur Folge gehabt hat, wie solches die Schriften der Rechtslehrer, welche sich der Bearbeitung dieser Lehre unterzogen haben, zur Genüge ergeben. Immer bleibt es ein ausgemachter Satz, daß wenn irrige Grundsätze zum Grunde liegen, darüber nie ein fehlerfreyes Gebäude aufgeführt werden kann, und nirgends sind solche mehr zu vermeiden, als da, wo rechtliche Folgen abgeleitet werden sollen.

Soll ein Concurs der Gläubiger gedacht werden können, so setzt solcher

§. 4.

1) Mehrere Gläubiger vorhanden seyn müssen.

1) Das Daseyn mehrerer Gläubiger voraus, und zwar solcher, die verschiedene Forderungen haben. Hierbey frägt es sich zuvörderst: wer hier unter einem Gläubiger zu verstehen sey? Nach der Lehre des Gajus in *L. 11. D. de Verbor. significat.* ist ein Gläubiger (Creditor) ein jeder, dem aus des anderen vollkommenen Verbindlichkeit ein Recht zuständig ist. Creditorum (heißt es daselbst) adpellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed *omnes quibus ex quacunque causſa debetur.* Mit diesen stimmt auch der *L. 16. §. 2. D. qui et a quibus manumiſſi*, überein. Der Rechtsgelehrte Paulus commentirt hier über den bekannten Lex AELIA SENTIA, worin den Schuldnern untersagt war, ihre Sclaven zum Nachtheil ihrer Gläubiger zu manumittiren. Zuvörderst zeigt er den Inhalt dieses Gesetzes ganz kurz an, und bestimmt alsdann, welche das Gesetz hier unter Gläubigern, deren Vortheil es nur allein beabsichtigte, verstehe. Er bedient sich dabey folgender Worte: Creditores autem adpellantur, quibus *quacunque* ex *causſa actio* cum fraudatore *competit* — welche im wesentlichen dem Vorigen völlig entsprechen. Dies ist der gesetzliche Begriff von einem Gläubiger; ob aber derselbe, so richtig er auch im allgemeinsten Sinn dieses Worts immer seyn mag, hier in der Lehre vom Concurs der Gläubiger zum Grunde gelegt werden könne, ist eine andere Frage, die ich mir keinesweges zu bejahen getraue. Er ist offenbar zu allgemein — zu weit umfassend, als daß er hier angenommen werden könnte, indem er jeden ausdrückt, der von dem Schuldner etwas iure perfecto zu fordern berechtigt ist [8]). Ein

Gläu-

Gläubiger heißt hier vielmehr blos derjenige, welcher ein vollkommenes Recht hat, die Befriedigung seiner Ansprüche aus dem Vermögen des Schuldners selbst zu verlangen [9]).

Zur Hervorbringung des Concurses der Gläubiger, werden ferner, wie ich oben angegeben habe, mehrere Gläubiger, und zwar Gläubiger von verschiedenen Forderungen, erfordert. Diese Sätze bedürfen noch eine kurze nähere Zergliederung.

Ein Gläubiger, wenn seine Forderung auch das ganze Vermögen des Schuldners übersteigen sollte, ist nicht im Stande den Concurs wirklich zu machen, denn es können hier nicht die Folgen und Wirkungen alle gedacht werden, die der Concurs der Gläubiger hervorbringt, und mit welchen ich mich hernach beschäftigen werde. Es müssen also schlechterdings deren mehrere vorhanden seyn. Aber wie viele Gläubiger zur Hervorbringung eines Concurses nöthig sind, ist eine andere Frage, welche in keinem Gesetz entschieden ist, folglich aus der Natur der Sache ihre Bestimmung erhalten muß. Angesehene Rechtslehrer [10]) halten schon zwey Gläubiger dazu für hinlänglich, welchen auch ich beypflichte, nicht aber wegen der Analogie des *L. 12. D. de testib.* und der daselbst befindlichen Worte: *Pluralis elocutio duorum numero contenta est,* — welche allgemein von den Rechtslehrern auf dem Fall, wenn die Mehrheit der Personen zum Grunde gelegt, die Zahl selbst aber unbestimmt gelassen ist, zum Behelf angeführet werden, da sie doch nur eigentlich blos von dem Zeugenbeweise reden, sondern um deswillen, weil schon bey dem Daseyn zweyer Gläubiger sich der Concurs mit allen seinen Folgen, wenigstens den vorzüglichsten, gedenken läßt.

Die mehreren Gläubiger, wenn durch sie ein Concurs erregt werden soll, müssen endlich verschiedene Forderungen haben, und deshalb mit verschiedenen daraus entspringenden Klagen hervortreten können. Denn sind

gleich

gleich verschiedene Gläubiger vorhanden, haben aber alle mit einander gegen den Schuldner nur eine Klage, so sind selbige Streitgenossen (Litis consortes), die hinfolglich zusammengenommen wie ein einziger Gläubiger zu betrachten sind, und unter welchen die Wirkungen des Concurses nicht alle stattfinden können [11]).

8) S. Christ. Fried. Glück Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld 1 Th. §. 2. p. 26.

9) Hieraus folgt, daß wenn bey einem Concurse Vindicanten mit vorkommen, solche nicht zu der Zahl der eigentlichen Gläubiger gerechnet werden müssen, obgleich sie zufälligerweise solche werden können, wenn sie nemlich mit Hintenansetzung ihres Vindications-Rechts, oder weil sie solches nicht ausüben können, sich ihrer Ansprüche halber, an den Gütern des Gemeinschuldners selbst erholen wollen. Es liegt klar am Tage, daß zwischen einen Vindicanten, und einen wirklichen Gläubiger ein sehr großer Unterschied vorhanden ist, indem der Vindicant, wie ich unten weitläuftiger darthun werde, seine eigene Sache von dem Schuldner zurück fordert, der wirkliche Gläubiger aber aus dem Vermögen des Schuldners selbst befriedigt seyn will. S. *Anton* A MARA in tract. de Concursu Creditorum L. I. T. I. §. I. Aus dem, von einem Gläubiger beym Concurse, nicht bestimmt genug gefaßten Begriff, rührt auch der Irrthum her, welchen *Benedict* CARPZOV P. I. C. 28. D. 12. seq. *Henric. Petr.* HABERKORN Processus Concursus, et Praelationis Creditorum Cap. II. und andere Rechtslehrer dadurch begehen, daß sie den Vindicanten in der ersten Classe ihre Befriedigung anweisen, und sie Creditores anteprivilegiarios nennen, mitfolglich für wirkliche Concurs-Gläubiger halten, welchen abgeschmackten Satz auch schon neuere Rechtslehrer in ihren hieher gehörigen Schriften verbannt haben. S. Gmelin Ordnung der Gläubiger Cap. I.

10) S. Ludovici Concurs-Proceß Cap. I. §. 2. not. a. I. G. SCHAUMBURG princip. prax. Iurid. Iudiciar. L. 2. C. 8. §. I. Knorr Anleitung zum Gerichtlichen Proceß 3. B. 7. Cap. §. I. Litt. a. Sebast. Adam Kraft Pract. Anmerk. über den Concurs-Proceß §. I. not. a.

11) Kraft a. a. O.

§. 5.

§. 5.

2) Ein Schuldner.

Ferner 2) muß auch, um einem Concurse der Gläubiger seine Existenz zu verschaffen, ein Schuldner vorhanden seyn. Die Worte Gläubiger und Schuldner haben stets eine so nothwendige Beziehung auf einander, daß eins ohne das andere nicht gedacht werden kann. Daher rührt auch die Poroemie: wo ein Gläubiger ist, da ist auch ein Schuldner, und so umgekehrt. Sehr genau drücken auch diese nothwendige Beziehung auf einander die Worte des Seneca in libr. Singulari de beneficiis C. 4. in fin. Debitor non est sine Creditore; non magis, quam filius sine patre — aus. Uebrigens kommt nichts darauf an, der Schuldner möge ein einzelnes Individuum oder eine moralische Person seyn.

Aber wer kann nun beym Concurse der Gläubiger der Schuldner genannt werden? Die Bestimmung dieser Frage ist eben so wichtig, als die oben abgehandelte, wer mit dem Namen eines Gläubigers hier zu belegen sey?

Nach den Gesetzen wird unter einem Schuldner ein Jeder verstanden, der eine vollkommene Verbindlichkeit gegen einen andern auf sich hat, oder wie Modestin im *L. 108. D. de verb. significat.* lehrt: Debitor intelligitur is *a quo invito pecunia exigi potest.* Allein dieser gesetzliche Begriff von einem Schuldner, ist, so wenig ich ihm sonst im allgemeinen die Richtigkeit absprechen mag, hier eben so wenig, als der von einem Gläubiger in den Gesetzen befindliche Begriff, anpassend, indem er das *subjectum passivum* jeder bürgerlich wirksamen Verbindlichkeit ausdrückt [12]), sondern unter einem Schuldner muß hier beym Concurse blos ein solcher verstanden werden, dem die vollkommene Verbindlichkeit aufliegt, die Ansprüche eines andern aus seinem

Ver-

Vermögen zu befriedigen. Ich habe wol nicht erst nöthig, diesem von einem Schuldner beym Concurse gegebenen Begriff eine lange Vertheidigung zu halten, da sich die Richtigkeit desselben aus dem oben von einem Gläubiger gegebenen Begriff zur Genüge ergiebt, und da jener hinlänglich gerechtfertiget worden, auch dieser zugleich mit gerechtfertiget ist.

12) Die Benennung *debitor* ist von debitum abzuleiten, worunter in den Gesetzen jede bürgerlich wirksame Verbindlichkeit verstanden wird. *pr. I. de Obl. L.* 1. *in fin. D. de Reb. Credit. L.* 178. §. 3. *D. de V. S.* Bisweilen wird jedoch darunter, wiewol abusive, jede Verbindlichkeit verstanden, wenn sie nur eine natürlich vollkommene Verbindlichkeit ist. *L.* 16. §. 4. *D. de fidejuss. L.* 30. §. 3. *D. de Condit. et demonstrat.* S. *Dan.* NETTELBLADT Iurisprud. pos. gener. German. commun. §. 27. f. Adolph Dieterich Webers Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung §. 41.

§. 6.

Auf Seiten der Gläubiger gerichtlich angedrungen werde, und auf Seiten des Schuldners nicht Zahlung geleistet werden könne.

Nicht das bloße Daseyn mehrerer Gläubiger und eines Schuldners allein ist hinlänglich, einem Concurse der Gläubiger seine Existenz zu verschaffen, sondern es müssen noch andere Umstände hinzutreten, wenn derselbe wirklich werden soll. Hieher gehört:

1) Auf Seiten der Gläubiger, daß sich selbige wegen ihrer Forderungen gerichtlich melden und die Befriedigung derselben verlangen, oder mit den Gesetzen zu reden, ut creditores instent [13]). Eine außergerichtliche Erinnerung an den Schuldner mit der Bezahlung einzuhalten, ist dazu nicht hinreichend [14]). Erfordere ich also gleich zur Hervorbringung eines Concurses auf Seiten der Gläubiger das gerichtliche Andringen wegen ihrer Befrie-

friedigung, so bin ich jedoch weit entfernt, dazu für unumgänglich nöthig zu halten, daß alle diese mehreren Gläubiger mit förmlichen Klagen gegen den Schuldner auftreten müßten, indem hiedurch offenbar der Fall ausgeschlossen werden würde, wo über das Vermögen eines verstorbenen oder entflohenen Schuldners, dadurch ein Concurs entsteht, daß der Richter alle, welche etwa an dessen Vermögen Ansprüche machen mögten, zusammenberuft, und sich deren so viele melden, daß das vorhandene Vermögen nicht zu ihrer allerseitigen Befriedigung hinreichend ist. Unter gerichtlichem Andringen oder Melden der Gläubiger verstehe ich hinfolglich ganz allgemein den Umstand, wo die Gläubiger ihre Forderungen dem Richter in der Absicht anzeigen, damit sie zur Befriedigung derselben verholfen seyn wollen, es möge nun solches mittelst einer ordentlichen Klage gegen den Schuldner, oder auf eine andere nur gedenkbare Art geschehen.

2) Auf Seiten des Schuldners, daß dessen Vermögen nicht zureiche, den auf ihre Befriedigung andringenden Gläubigern, nach der vollen Größe ihrer Forderungen zu genügen, oder daß ich mich des gemeinen Sprachgebrauchs bediene, seiner Seits status insolventiae vorhanden sey [15]).

13) *L. 6. §. 2. D. de Reb. auctor. judic. possidend.*

14) CANNEGIESSER in Decision. Summ. Appellat. Senat. Hass. Cass. T. 2. Dec. 236. Nr. 6.

15) S. *Dan.* NETTELBLADT a. a. O. §. 799.

§. 7.

Widerlegung derjenigen Rechtslehrer, welche andere Criterien des Concurses der Gläubiger angeben.

Mit den angegebenen Criterien des Concurses der Gläubiger stimmen einige Rechtslehrer nicht überein, sondern setzen das Characteristische desselben schon in dem alleinigen Daseyn mehrerer Gläubiger, und der Unzu-

läng-

länglichkeit des schuldnerischen Vermögens, sie zu befriedigen. Sic vero (schreibt Johann Gottfried Schaumburg [16]) utraque concursus adest littera characteristica, insufficientia bonorum nempe et pluralitas creditorum, dem auch unter andern *Ioh. Ferd. Gabr.* SCHULIN in Meditat. ad selectas quasdam differentias Iuris communis et Brandenburgici Baruthini in Materia de Concursu Creditorum *Mogunt.* 1781. §. 2. beypflichtet. Ja! Leyser [17]) glaubt sogar, daß zur Hervorbringung eines Concurses weiter nichts nöthig sey, als daß mehrere Gläubiger in dem Besitz des schuldnerischen Vermögens von dem Richter immittirt werden, und beruft sich dabey auf den Ulpian im *L. 15. pr. D. de reb. auctor. Iudic. possid.*

Ich übergehe die Meinung des Leysers als völlig ungereimt, die gar keiner Widerlegung bedarf, und auch schon von andern hinlänglich ist gerügt worden [18]). — Giebts denn nicht Fälle genug, wo der Richter die Gläubiger in den Gütern eines noch so zahlfähigen Schuldners einweisen kann? — Und wo redet denn hier Ulpian vom Concurs der Gläubiger, oder wie es die Römer nannten, von der Conturbation? Blos von den Rechten und Pflichten, mehrerer in des Schuldners Gütern eingewiesenen Creditoren, ist in dem angeführten Gesetz die Rede, wie solches das Gesetz beym ersten Anblick ergiebt. — Nur blos also die Meinung derjenigen Rechtslehrer, die die Existenz des Concurses der Gläubiger, lediglich in dem Daseyn mehrerer Gläubiger, und der Unzulänglichkeit des schuldnerischen Vermögens, sie zu befriedigen, setzen, und das gerichtliche Andringen der Gläubiger für ein überflüssiges Erforderniß halten, verdient eine nähere Prüfung, mit der wir uns gegenwärtig beschäfftigen wollen.

Es ist offenbar, daß diese Rechtslehrer den statum insolventiae eines Schuldners mit dem Concurs der Gläu-

Gläubiger selbst verwechseln. Will man zu einer richtigen Theorie gelangen, so muß in Ansehung eines Schuldners schlechterdings ein dreyfacher Zeitpunct unterschieden werden, nemlich 1) der, wo dessen Vermögen zwar verschuldet ist, aber noch völlig zureicht, um seine Gläubiger zu befriedigen. 2) der, wo zwar das Vermögen des Schuldners nicht mehr zur Befriedigung derselben hinreichend ist, aber die Gläubiger noch nicht gerichtlich auf ihre Befriedigung andringen. Dis ist der status insolventiae eines Schuldners, aber noch ist kein Concurs der Gläubiger vorhanden. Endlich 3) der, wo das schuldnerische Vermögen zur Befriedigung der gerichtlich auf ihre Bezahlung andringenden Gläubiger nicht zureicht. Dis allererst ist der wirkliche Concurs der Gläubiger. Wollte man in dem bloßen Daseyn mehrerer Gläubiger und dem Unzureichenden des schuldnerischen Vermögens, das Characteristische des Concurses setzen, so würde in dieser Lehre einestheils manches gar nicht bestimmt werden können, was doch nothwendig bestimmt werden muß, anderntheils würden sich Widersprüche mit Widersprüchen häufen. Wie sollte z. B. der Anfang des Concurses der Gläubiger richtig bestimmt werden können, der doch bey diesen zum Grunde gelegten Merkmahlen des Concurses, allen vernünftigen Grundsätzen nach in den Zeitpunct gesetzt werden müßte, wo entweder so viele Gläubiger entstanden sind, daß zu ihrer Befriedigung das schuldnerische Vermögen nicht mehr hinreichte, oder wo der Schuldner an seinem Vermögen einen solchen Verlust erlitten hat, daß dasselbe zur Befriedigung seiner Gläubiger unzulänglich wurde; welches beides aber sehr schwer, ja bisweilen gar nicht auszumitteln ist. — Wie wollte man ferner blos von dem Daseyn mehrerer Gläubiger, und der Unzulänglichkeit des schuldnerischen Vermögens, die Wirkungen ableiten können, die der Concurs hervorbringt, und mit welchen ich mich weiter unten beschäftigen werde, da die Gläu-

biger noch nicht ihre Befriedigung auf die in den Gesetzen vorgeschriebene Art gefordert haben, und man daher nicht wissen kann, ob sie gegenwärtig schon befriediget seyn, oder nicht vielmehr eine Vermehrung des schuldnerischen Vermögens mit der Zeit abwarten wollen. Alles dis zusammengenommen zeigt die Unrichtigkeit jener Behauptung mehr denn zu deutlich, und rechtfertiget die von uns aufgestellte Theorie von den Erfordernissen eines Concurses der Gläubiger hinreichend, als daß wir deshalb noch einer langen Vertheidigung bedürften.

16) in princip. prax. Iurid. Iudiciar. L. II. C. VIII. not. ***).

17) in Meditat. ad Pandect. Spec. 478. nr. 3.

18) *Io. Gothofr.* BAUER in Opuscul. T. I. pag. 391.

§. 8.

Von dem Bevorstehen des Concurses der Gläubiger, und dem wirklichen Anfang desselben.

In Beziehung auf den Concurs pflegen die Rechtslehrer einen zwiefachen Zeitpunct zu unterscheiden, nemlich das Bevorstehen (imminentia), und den wirklichen Anfang desselben (Exordium). Dieser Unterschied gehört keinesweges zu den überflüssigen, und irrelevanten Distinctionen, deren es mehrere in der Rechtsgelahrheit giebt, sondern es hängen davon mancherley wichtige Folgen ab, wie sich aus den Lehren, von den Wirkungen, welche der Concurs hervorbringt, und den von dem Schuldner zum Nachtheil seiner Gläubiger in Ansehung seines Vermögens vorgenommenen Dispositionen, des mehreren ergeben wird. Ueber die eigentliche Bestimmung dieses beiderseitigen Zeitpuncts, besonders des Anfangs des Concurses der Gläubiger, hat man sich jedoch bisher so wenig vereinbaren können, daß es fast so verschiedene Meinungen darüber giebt, als Rechtslehrer vorhanden sind, die in ihren Schriften diesen Punct entweder absicht-

sichtlich, oder nur nebenher berührt haben! Ich will zu mehrerer Vollständigkeit, zuvörderst die verschiedenen Meinungen der Rechtslehrer, wenigstens der angesehensten, darüber vortragen, und mich hernach in einer Prüfung derselben sowol einlassen, als meine eigene Gedanken über die Sache darnieder schreiben.

Was erstens das Bevorstehen des Concurses anbetrifft, so setzen einige Rechtslehrer solches in den Zeitpunct, wo mehrere Gläubiger, und zwar zu gleicher Zeit gegen den Schuldner auf ihre Befriedigung gerichtlich andringen, die derselbe aus seinem Vermögen nicht befriedigen kann. Pluribus creditoribus (schreibt Joh. Georg Schaumburg [19]) uno tempore instantibus, si ex debitoris facultatibus singulorum creditis satisfieri nequeat, *concursus imminere* intelligitur. Mit diesem Begriff, welchen sich Schaumburg vom Bevorstehen des Concurses der Gläubiger macht, und welcher mit seiner, oben vorgelegten Bestimmung der Erfordernisse des Concurses in dem offenbarsten Widerspruch steht, stimmt auch Conrad Sigismund Haenlein in der D. De actionis Paulianae natura requisitis, et usu forensi pag. 43 fast wörtlich überein, wenn er sagt: *Imminens Concursus* dicitur si plures Creditores debitori instent, ac solutionem efflagitent, debitor autem iis, quod debet praestare nequeat, außer daß hier die Worte — uno tempore — weggelassen sind. Andere hingegen z. B. Gothofred Ludewig Menken in der D. de actione Pauliana §. 18. setzen das Bevorstehen des Concurses in den Zeitpunct, wo der Schuldner so verschuldet ist, daß sein vorhandenes Vermögen nicht mehr zur Befriedigung seiner Gläubiger zureicht. Sehr unbestimmt schreibt Albert Philipp Frick [20]) vom Bevorstehen des Concurses: Eo tempore quo debitor scire incipit, opes non sufficere ad dissolvendum aes alienum, dicimus *imminere concursum Creditorum.* Der scharfsinnige Herr Pro-

fessor Klüber [21]) endlich nennt den Concurs einen bevorstehenden, wenn zwar des Schuldners Vermögen zur Befriedigung seiner Gläubiger nicht mehr hinreichend ist, aber noch nicht so viele von ihnen gegen den Schuldner geklagt haben, daß es auch zur Befriedigung der gerichtlich angedrungenen Gläubiger nicht mehr hinreichend wäre.

Eine weit größere Verschiedenheit in den Meinungen der Rechtslehrer trifft man **zweytens** an, wenn von Bestimmung des Anfangs des Concurses der Gläubiger die Rede ist. Der berühmte Spanische Rechtslehrer Salgado de Samoza [22]), mit dem ich billig als Hauptschriftsteller in dieser Lehre den Anfang machen muß, setzt den Anfang des Concurses in den Zeitpunct, wo der Schuldner die Rechtswohlthat der Güter-Abtretung ergriffen und erklärt hat, daß er seinen Gläubigern sein Vermögen hingeben wolle, um darüber zu ihrer Befriedigung zu disponiren. Ihm sind unter andern David Mevius [23]), und Wolffgang Adam Schoepf [24]) in dieser Behauptung gefolgt; dahingegen andere Rechtslehrer diese Meinung als völlig unzulänglich verwerfen, gleichwohl aber den Anfang des Concurses ganz verschieden bestimmen. So setzt z. B. Carl Otto Rechenberg [25]) den Anfang des Concurses in die Zeit, wo der Schuldner von dem Richter der Administration seines Vermögens entsetzet wird. So Gottfried Bönigke [26]) in den Zeitpunct, wo ein Gütervertreter (Curator bonorum) von dem Richter bestellt wird. So Michael Heinrich Griebner [27]) in die Zeit, wo mehrere Gläubiger auf ihre Befriedigung gegen den Schuldner andringen. So Augustin Leyser [28]) und Frick [29]) in den Zeitpunct, wo der Richter eine Edictal-Citation erlassen, und sämtliche Gläubiger des Schuldners zusammenberufen hat. So Gmelin [30]) in die Zeit, wo so viele Gläubiger gegen den Schuldner gerichtlich sich gemeldet haben, daß er selbige nicht mehr zu bezahlen im Stande ist. So endlich Carl Friedrich

Walch

Walch [31]) in die Zeit, wo des insolventen Schuldners Güter auf die Gläubiger sind übertragen worden. Der gelehrte Herr Geheime Justitzrath sucht diesen allgemein ausgedrückten Satz folgendergestalt näher zu bestimmen. Entweder hat der Schuldner förmlich das beneficium cessionis bonorum ergriffen, oder er hat solches nicht gethan. Ist das erstere, so hebt sich der Concurs mit der Güter-Abtretung an; dagegen im letztern Fall der Schuldner sich entweder flüchtig gemacht hat, oder nicht. In dem ersten Fall ist in diese Zeit der Anfang des Concurses, und die davon abhängende rechtliche Wirkungen zu setzen, in dem letzten Fall bestimmt aber das decretum de aperiundo concursu, oder die Edictal-Citation den Anfang des Concurses.

Bey einem solchen Dissens über den Anfang des Concurses, hat es auch nicht an Rechtsgelehrten gefehlt, welche sich durch die Zusammenstellung mehrerer von ihren Vorgängern angenommenen Bestimmungen von dem Anfang des Concurses helfen, und dadurch eine allgemeine Norm zur Regulirung dieses so schwierig scheinenden Puncts festsetzen wollen, ohne daran zu gedenken, daß fast von jedem derselben ein verschiedener Gesichtspunct bey der Bestimmung des Anfangs des Concurses gewählet worden, mithin nothwendiger Weise aus solcher Zusammenstellung eine offenbare Ungereimtheit entstehen müsse. Zur Rechtfertigung dieses meines Urtheils will ich nur den Johann Heinrich Burgmann in der D. de Exordio Concursus Creditorum *Goett.* 1773. selbst reden lassen. Quodsi (heißt es daselbst §. VIII.) vero vel ipse debitor se non amplius solvendo esse fassus, bonis cesserit, atque ad flebile beneficium cessionis provocando, convocationi creditorum suorum ansam praebuerit, vel hi solutionem urgentes concursui formando insistant, vel etiam Iudex bona debitoris custodiae caussa obsignet, tunc

de eiusdem natalibus praesentissimis amplius dubitari nequit. —

19) a. a. O. Cap. VIII. §. 1.

20) in L. S. de revocandis tam rebus alienat. quam numm. solut. imminenti, aut moto concursus Iudicio §. 2. Siehe auch Joh. Heinrich Stepf Systematische Lehre vom Contradictor §. 15.

21) in der kleinen Juristischen Bibliothek 1 B. 1 St. S. 47—48. Der Herr Professor giebt zwar diese Bestimmung von dem Bevorstehen des Concurses nicht mit dürren Worten an, allein sie folgt offenbar aus der von ihm daselbst angenommenen dreyfachen Zeitbestimmung im Betreff des Concurses.

22) in labyrintho creditor. concurrent. P. I. Cap. IV. §. 1.

23) in Decis. P. VI. Dec. 103.

24) in Decis. P. II. Dec. 143.

25) in der D. de computo momenti, quo concursus creditorum incipit. *Lipſ.* 1739.

26) in Pract. Practicata C. 38.

27) in princip. Prax. Iur. Iudiciar. L. 2. C. 9. §. 1.

28) in meditat. ad Pandectas. Spec. 438. Med. 7.

29) a. a. O. §. 2. pag. 5.

30) in der Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 3.

31) in der D. de compensatione in concursu creditorum. *Ien.* 1770. Siehe auch dessen Controvers. Iuris Civilis P. IV. C. 3. Membr. 1. §. 1. der neuesten Ausgabe.

§. 9.

Fortsetzung.

Prüft man diese verschiedenen Meinungen der Rechtslehrer über den Anfang des Concurses mit der gehöri-

hörigen Aufmerksamkeit, so wird man, der des Gmelins ausgenommen, welcher den richtigen Gesichtspunct gefaßt hat, dabey eines gedoppelten Fehlers gewahr, in welchen sie verfallen sind. Denn einmal ist von den mehresten von ihnen der Concurs der Gläubiger in der eigentlichen und hier zum Grunde liegenden Bedeutung dieses Worts, mit dem in der letzteren, oder dem Concursproceß entweder gradezu verwechselt, oder doch dieser Unterschied nicht gehörig berücksichtiget worden, wobey nimmermehr die Sache ausgemittelt werden kann, sondern man schlechterdings in Unrichtigkeiten verfallen muß, indem beides nach ihren Grundbegriffen ganz heterogene Dinge sind. Alsdann zweytens, wenn auch dieses nicht geschehen, so findet man doch, daß sie den Anfang des Concurses der Gläubiger entweder viel zu einseitig bestimmet, oder von gerichtlichen dabey vorkommenden Handlungen, die als Nebengeschäfte auf die Sache selbst nie einen wesentlichen Einfluß haben können, — oder endlich wol gar von ganz zufälligen Dingen z. B. wie Salgado de Samoza von der Güter-Abtretung abstrahirt haben [32]), die doch so wenig beym Concurse ein nothwendiges Stück ist, daß hundert und mehrere Concurse sich ereignen können, ohne daß der Schuldner, dem sie als eine Rechtswohlthat, um der in den Gesetzen den Schuldnern gedroheten Strafe zu entgehen, unter gewissen Bestimmungen ist zugestanden worden, sich ihrer bedient, oder zu bedienen im Stande ist. — Und da von ihnen bey Bestimmung des Anfangs des Concurses der Gläubiger kein richtiger Gesichtspunct gewählet wurde; so konnte es auch nicht fehlen, daß sie in Ansehung des damit so nahe verwandten Puncts — des Bevorstehens des Concurses gröstentheils in Irrthümer verfallen musten, da doch, sobald nur der Anfang des Concurses der Gläubiger hinlänglich berichtiget ist, nichts leichter wird, als auch das Bevorstehen desselben zu bestimmen. Dis vorausgesetzt, wie es gewiß einem jeden, der nur

der Sache gehörig nachdenkt, einleuchten wird, glaube ich nicht übereilt zu handeln, wenn ich behaupte, daß ganz anders verfahren werden muß, als jene Rechtslehrer gethan haben, wenn die Sache aufs reine gebracht werden soll.

Das Bevorstehen des Concurses der Gläubiger kann so wenig als der Anfang desselben anders richtig bestimmt werden, als wenn man allgemeine, allenthalben durchgreifende, und aus dem Begriff des Concurses selbst abstrahirte Regeln entwirft, und nicht dabey auf zufällige Dinge, noch weniger auf Handlungen des Richters, wozu er beym Concurse entweder nach unmittelbarer gesetzlicher Verordnung, oder dem Gerichtsbrauch, oder auf dem Anruf der Gläubiger berechtiget ist, Rücksicht nimmt. Und diese glaube ich gefunden zu haben, wenn ich sowol das Bevorstehen, als den Anfang des Concurses folgendergestalt bestimme.

1) Ein Concurs der Gläubiger steht bevor, solches kann man alsdann sagen, wenn einige Gläubiger gerichtlich auf ihre Befriedigung gegen den Schuldner andringen, welche zwar noch wegen ihrer Ansprüche aus seinem vorhandenen Vermögen befriediget werden könnten, allein schon mehrere sich zu regen anfangen, und es sich deutlich ergiebt, daß wenn auch diese sich gerichtlich melden sollten, das schuldnerische Vermögen nicht hinreichend seyn würde, sie mit denjenigen Gläubigern, die sich schon gerichtlich gemeldet haben, zu befriedigen. — Dahingegen

2) der wirkliche Anfang des Concurses muß in den Zeitpunct gesetzet werden, wo so viele Gläubiger sich gegen den Schuldner mit ihren Forderungen gerichtlich gemeldet haben, daß zur völligen Befriedigung derselben, sein gegenwärtiges Vermögen nicht hinreicht.

Von dem Bevorstehen, und dem Anfang des Concurses der Gläubiger in der ersten Bedeutung dieses Worts, wovon hier blos die Rede ist, und worauf auch nur die gegebenen Regeln angewendet werden können, ist das Bevorstehen, und der Anfang des Concurses der Gläubiger in der dritten Bedeutung dieses Worts, oder des Concursprocesses sehr verschieden, — ein Unterschied, den ich noch von keinem Rechtslehrer genau beobachtet gefunden habe, der aber durchaus berücksichtiget werden muß, wenn man zu einer richtigen Theorie gelangen, und alle Verwechselung der Begriffe verhüten will. Ein Concurs Proceß steht bevor, solches läßt sich alsdann sagen, wenn so viele Gläubiger sich gegen den Schuldner gerichtlich mit ihren Forderungen gemeldet haben, daß solche nicht mehr aus seinem gegenwärtigen Vermögen befriediget werden können, mitfolglich wenn der Concurs der Gläubiger in der ersten, und eigentlichen Bedeutung dieses Worts bereits seinen Anfang genommen hat. Hier wird es höchst wahrscheinlich, daß die Gläubiger nunmehr über den Vorzug, und die Erstigkeit ihrer Forderungen mit einander streiten werden. Gewiß ist solches um deswillen noch nicht, weil es ja möglich ist, daß sie mit Hintenansetzung alles Rechtsstreits, des insolventen Schuldners Vermögen, durch einen zu dem Ende errichteten Vertrag freundschaftlich unter sich vertheilen können, oder auf eine andere Art z. B. durch einen Nachlaß-Vertrag oder Anstands-Brief, der Concurs-Proceß verhütet werden kann. Dahingegen muß der Anfang des Concurs-Processes in den Zeitpunct gesetzet werden, wo die von dem Richter durch die Edictalcitation zusammenberufene Gläubiger, nachdem alle Bemühungen, sie gütlich zu vereinbaren, fruchtlos abgelaufen sind, nunmehro zum rechtlichen Verfahren über die Liquidität, und den Vorzug ihrer Forderungen von dem Concursrichter aufgefordert werden.

Diese aus der Natur der Sache abgezogene Theorie greift meiner geringen Einsicht nach in allen denkbaren Fällen durch, der Concurs der Gläubiger möge entstehen, auf welcher Art und Weise er wolle, und bereitet zu einer richtigen Beurtheilung so mancher wichtigen Fragen vor, die sonst immer den grösten Schwierigkeiten unterworfen bleiben.

32) Fast auf gleiche Art urtheilt Gmelin in der Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 2. am Ende, welcher, nachdem er verschiedene Meinungen der Rechtslehrer über den Anfang des Concurses hererzählt hat, hinzufügt; „So sehr auch diese hier erzählten „Meinungen einander entgegen und widersprechend zu seyn „scheinen, so sind sie es doch im Grunde nicht, und die „Verschiedenheit rührt entweder daher, weil theils der „Begriff eines Concurses bald enger, bald aber ausgedehnter angenommen worden, theils aber auch einige „der angeführten Schriftsteller von einzelnen wenigen Fällen ihren Lehrsatz abgezogen, und diesen hernach für allgemein ausgegeben haben.„

§. 10.

Verschiedene Eintheilungen des Concurses und zwar, 1) in den materiellen, und formellen.

Man trift in den Schriften der Rechtslehrer verschiedene Eintheilungen des Concurses der Gläubiger an, mit welchen wir uns hier bekannt machen müssen. Hieher gehört zuvörderst die Eintheilung des Concurses in den **materiellen** (concursus materialis) und **formellen** (formalis). **Materiell** nennt man den Concurs, wenn zwar schon ein wirklicher Concurs vorhanden ist, der Richter aber noch nicht die Edictal-Citation erlassen hat [33]); **formell** hingegen, wenn von dem Richter bereits die Edictal-Citation erlassen worden zu dem Ende, damit die bisher noch unbekannten Gläubiger des Schuldners bekannt werden, und sich ebenfalls mit ihren Forderungen gerichtlich melden mögen. Dies sind wenigstens die Begriffe, die man gemeinhin mit der Eintheilung

lung des Concurses in den materiellen, und formellen verbindet [34]); indes so fehlt es auch nicht an Rechtslehrern, welche davon andere Begriffe angeben. So nennt z. B. Oeltze [35]) den Concurs so lange einen materiellen, als der Concurs-Proceß noch nicht unter den Gläubigern angegangen ist, und nach angegangenen Concurs-Proceß einen formellen [36]).

33) Herr G. R. Oettelbladt beschreibt in der Iurisprud. posit. gener. §. 802. den materiellen Concurs folgendergestalt. „Unde patet concursum Credi„torum materialiter talem adesse, si vel 1) debitor „utitur beneficio cessionis bonorum, vel 2) iudex per „missionem in possessionem rei, vel debiti consequen„di caussa, vel alium actum, qui idem operatur de„bitoris obaerati bona assignat creditoribus, eo fine ut „illis ex iis satisfiat. Siehe auch J. H. Stepf systematische Lehre vom Contradictor §. 84.

34) Gmelin a. a. O. §. V. MANZEL D. de Concursu Creditorum *Rost.* 1752. *C.* G. von WINCKLER adversaria Iuris Iudiciarii imprimis quoad Concursum Creditorum. adnot. I. *Lipsiae* 1785.

35) in der D. de Creditore sibi vigilante. Ien. 1770. §. 1.

36) Man vergleiche hiermit *Io. Frid.* WAHL in D. de judice in concursu Creditorum competente §. 18. welcher das einen materiellen Concurs nennt, wenn mehrere Gläubiger gegen den Schuldner klagen; formell hingegen, wenn schon die Edictal-Citation oder die Güter-Abtretung hinzu gekommen ist, oder der Richter dem Schuldner die Disposition über sein Vermögen untersagt hat. Einen ganz widersinnigen Begriff verbindet *Ioh. Casp.* HEIMBURG in der D. an is qui iure praelationis quoad sortem in concursu Creditorum est munitus, eodem quoad usuras quoque gaudeat §. 100. und David Georg Struben in den rechtlichen Bedenken 5ter Th. pag. 190. mit dieser Eintheilung. Materiell ist ihrer Meinung nach der Concurs, wenn der Schuldner alle gegen ihn klagende Gläubiger befriedigen kann, formell hingegen, wenn er nicht mehr dazu im Stande ist.

Würde

Würde sich nicht auf diese Art auch der reichste Mann im materiellen Concurs befinden, bey dem sich immer sehr wohl der Fall gedenken läßt, daß er Gläubiger hat?

§. II.

Rechtliche Betrachtung über diese Eintheilung.

Liessen es die Rechtslehrer blos bey dieser Eintheilung des Concurses bewenden, so würde ich darüber kein Wort verliehren, sondern solche als eine unschädliche Sache auf ihrem Werth oder Unwerth beruhen lassen. Nun aber, da es nicht allein dabey verbleibt, sondern auch rechtliche Folgen von diesem Unterschiede abgeleitet werden, so ist es allerdings nothwendig, darüber eine rechtliche Betrachtung anzustellen, und sowol zu untersuchen, ob selbige auf einem richtigen Grunde beruht, als auch, ob die Folgen richtig sind, die man gemeiniglich von dieser Eintheilung abzuleiten pflegt.

Würdiget man der Eintheilung des Concurses der Gläubiger, in den materiellen und formellen, nur die geringste Aufmerksamkeit, so findet es sich sogleich, daß es ihr an einer gedoppelten logischen Richtigkeit mangelt. Denn so ist es einmal, nicht allein ein ausgemachter Grundsatz aller Eintheilung, daß sich die Eintheilungsglieder einander ausschließen, das heißt, sich widerstreitende Merkmahle enthalten, und nur zu dem Ganzen zusammenstimmen müssen; sondern auch die Eintheilung selbst, wenn sie eine allgemeine seyn soll, wie hier der Fall ist, immer und zu allen Zeiten, demjenigen zukommen muß, was eingetheilt werden soll. Nun aber paßt offenbar diese Eintheilung nicht auf alle Concurse, wenn sie auch gleich bey den mehresten Concursen statt finden mag. So zum Beispiel, wenn über das Vermögen eines verstorbenen Schuldners dadurch ein Concurs entsteht, daß der Richter alle diejenigen öffentlich vorladet, welche an dem Verstorbenen etwas zu fordern haben, und sich nun deren so viele melden, daß das vorhandene Vermögen

mögen nicht zu ihrer Befriedigung hinreicht. Ferner, wenn der Schuldner aus freyen Stücken, ohne daß die Gläubiger gegen ihn gerichtlich angedrungen sind, seinen verschuldeten Zustand dem Richter anzeigt, sich zur Güter-Abtretung anbietet [37]) und um öffentliche Vorladung seiner Gläubiger bittet. In diesen Fällen geht ja die richterliche Edictal-Citation, dem Concurs der Gläubiger zuvor, mithin fällt hier die Eintheilung des Concurses in den materiellen und formellen, der Natur der Sache nach, dahin. Dann zweytens, ist diese Eintheilung des Concurses auch nicht zweckmäßig, wodurch sie ebenfalls gegen die logischen Regeln von der Eintheilung anstößt. Denn soll eine Eintheilung zweckmäßig seyn, so muß sie die Beschaffenheit haben, daß von einem jeden Eintheilungsgliede besondre und etwas relevirende Prädicate angegeben, und in dem vorliegenden Fall von jedem Eintheilungsgliede, besondre rechtliche Wahrheiten aufgestellet werden können. Daß dies aber nicht der Fall ist, sondern diejenigen besondern rechtlichen Wirkungen, welche die Rechtslehrer jedem Eintheilungsgliede unterschieben, theils völlig falsch sind, theils, wenn sie auch dieses nicht sind, nichts bedeuten, will ich sogleich erweisen, wenn ich zuförderst die nöthige Einleitung zu dieser Untersuchung werde gemacht haben.

Das ganze Merkmahl des formellen Concurses, und das Unterscheidende desselben von dem Materiellen, beruhet einzig und allein nach der Angabe der Rechtslehrer, auf die, zu dem schon vorhandenen Concurse hinzutretende richterliche Edictal-Citation. Daß diese nichts wesentliches beym Concurse ist, wird mir jeder zugeben müssen, der nur über den Grund, warum sie erlassen werden muß, im geringsten nachgedacht hat. Sie wird ja nur von dem Richter um deswillen erlassen, damit jetzt, wo der Schuldner Zahlung zu leisten aufgehört hat, von diesem seinem Vermögenszustande, alle diejenigen, die an ihm Ansprüche zu machen berechtiget sind,

Nach-

Nachricht erhalten mögen [38]), um ebenfalls auf die Wahrnehmung ihrer Gerechtsame denken zu können, weil sonsten die schon klagbar gewordenen Gläubiger mit dem Vermögen des Schuldners allein davon gehen, und andere Gläubiger ausschließen würden, die vielleicht bessere, und den Rechten nach, vorzüglichere Forderungen haben könnten. Was kann aber eine solche ausserwesentliche Sache auf den Concurs als einem, wie bey dieser Eintheilung vorausgesetzet wird, schon seinem ganzen Wesen nach vorhandenen Zustand, für einen Einfluß haben, und dazu etwas beytragen, daß derselbe eine neue Gestalt und neue Wirkungen bekommt? — Die Edictal-Citation hat ihrer Natur nach diese Kraft nicht, und es fehlt an allen Gesetzen, und gesetzlicher Analogie, worin ihr solche beygelegt wäre. Alle Wirkungen eines Concurses müssen, wie ich unten weitläuftiger darthun werde, nicht aus unbedeutenden Nebengeschäften, sondern theils aus der Natur und Eigenschaft des Concurses, theils von Handlungen abgeleitet werden, die dabey so vorkommen, daß sie ihrer Eigenschaft nach, auf den Concurs einen wesentlichen Einfluß haben können. Ist es also offenbar, daß der materielle Concurs von dem formellen keine verschiedene Gattung ist, — wie ist es denn möglich dem formellen Concurse neue und besondere Wirkungen beyzulegen, welche dem materiellen Concurse nicht zukommen sollen, indem diese, wenn sie gedacht werden sollten, von der richterlichen Edictal-Citation abgeleitet werden müßten, die aber, wie ich bereits dargethan habe, nichts in Ansehung des Concurses selbst verändern kann.

Alles dies sieht auch Gmelin in der sonst so vortreflichen Abhandlung vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 38. selbst ein, und giebt demohnerachtet §. 39. Unterschiede des materiellen und förmlichen Concurses an, welche mit seinen vorigen Grundsätzen offenbar contrastiren. Ich will solche des Zusammenhangs

wegen,

wegen, und um den Leser in den Stand zu seßen, desto geschwinder über meine Behauptung urtheilen zu können, hier kürzlich anführen.

Nach Gmelins Lehrsätzen bestehen die Unterschiede des materiellen und förmlichen Concurses in folgenden: Erstlich, der förmliche Concurs wird durch die von dem Richter erlassene Edictal-Citation allgemein, dahingegen der materielle Concurs in den Schranken eines besondern Concurses stehen bleibt; Zweytens, der materielle Concurs hat keine anziehende Kraft, zerstört die litispendenz anderer Rechtssachen nicht und wird auch nicht in foro domicilii des Schuldners verhandelt, welche Prädikate hingegen dem formellen Concurse zukommen: Drittens, der materielle Concurs giebt nicht allen Gläubigern das Recht, schädliche Veräußerungen zurückzurufen, sondern nur denjenigen, die bey dem Richter klagbar geworden sind; es wäre denn, daß die Gläubiger in die Güter eingewiesen worden, oder diese mit Arrest beschlagen hätten; nach eingetretenen förmlichen Concurs hingegen, können sämmtliche Gläubiger diese Veräußerungen zurückrufen. Endlich Viertens, der materielle Concurs seßt den Schuldner nicht gleich außer aller Thätigkeit, sondern die Macht sein Vermögen zu verwalten, wird ihm erst durch das gerichtliche Verbot entzogen; es kann daher der Schuldner auch bey schon entstandenem materiellen Concurse bisweilen noch gültig über seine Güter mit anderen Verträge schließen, sie veräußern, seine Gläubiger ohne die Priorität zu beobachten, bezahlen, auch denselben zu ihrer Sicherheit Pfandrechte verleihen; dahingegen alles was der Schuldner nach eingetretenem förmlichen Concurse in Rücksicht seines Vermögens vornimmt, schlechterdings nichtig und ungültig ist. — Es sey mir erlaubt über diese hier kurz aufgeführten Unterschiede, meine Betrachtungen anzustellen, und zu prüfen, ob selbige sich so in der Wahrheit verhalten, als sie es beym

ersten

ersten Anblick scheinen, und in dieser Art von so vielen angesehenen Rechtslehrern sind anerkannt worden.

Der erste Unterschied, welchen Gmelin zwischen dem materiellen und förmlichen Concurs angiebt, nemlich, daß der förmliche Concurs als ein allgemeiner, der materielle hingegen als ein besonderer zu betrachten sey, ist nichtsbedeutend — so nichtsbedeutend, daß man ihn nicht einmal einen Unterschied nennen kann. Der schon vorhandene Concurs wird nur blos noch mit mehrern Gläubigern vermehrt, die auf die richterliche Edictal-Citation herbey eilen, um ebenfalls ihre Gerechtsame mit dem schon klagbar gewordenen Gläubiger wahrzunehmen. Ueberdies passen die Ausdrücke — allgemeiner und besonderer Concurs hierauf im geringsten nicht, sondern man verbindet damit ganz andere Begriffe, wie ich in der Folge zeigen werde. Was den zweyten Unterschied anbetrifft, so kann der Punct, daß der ausgebrochne Concurs die litispendenz anderer Rechtssachen stört, und sie vor das Forum domicilii des Schuldners bringt, nicht von der Edictal-Citation abgeleitet werden, sondern derselbe hat einen ganz andern Grund, wie ich unten in der Lehre vom Foro competente beym Concurs der Gläubiger weitläuftiger darthun werde. Es kann mithin dies nicht als ein Unterschied des materiellen und formellen Concurses betrachtet werden. Bey dem dritten Unterschiede liegt ein offenbarer Irrthum zum Grunde, indem man das Recht selbst, oder die Zuständigkeit des Rechts, nicht von der wirklichen Ausübung desselben unterschieden hat. Sobald ein Schuldner zum Nachtheil seiner Gläubiger über sein Vermögen, so disponirt hat, daß diese Disposition von den Gesetzen nicht gebilliget werden kann, so erlangen in demselben Augenblick alle dadurch lädirte Gläubiger das Recht, diese Verfügung umzustoßen, können aber dieses Recht nicht eher ausüben, als bis sie die ihnen zugefügte Läsion in Erfahrung gebracht haben. Dies vorausgesetzt ist es ja ganz

natürlich,

daß diejenigen Gläubiger, welche vor der Edictal-Citation vielleicht noch nichts von dem Zustande des Schuldners wissen, am allerwenigsten aber die von ihm zu ihrem Nachtheil unternommenen Handlungen in Erfahrung gebracht haben können, selbige auch noch nicht umzustoßen im Stande sind.

Ich komme zu dem vierten und wirklich wichtigen Unterschied, der zwischen dem materiellen und förmlichen Concurs statt finden soll, nemlich, daß der Schuldner, bis zum förmlichen Concurse, frey über sein Vermögen disponiren könne. Dieser Grundsatz ist so gefährlich für die Gläubiger, daß er allerdings einer weit genauern Prüfung bedarf, als die obigen nichtsbedeutenden Unterschiede.

Soll dieser Grundsatz richtig seyn, so muß die Edictal-Citation die Befugniß des Schuldners, über sein Vermögen zu disponiren, aufheben; denn mit dieser *nimmt* ja, nach der gemeinen Meinung, und nach der, die Gmelin unterstellt, der förmliche Concurs seinen Anfang. Aber nein! dies behauptet Gmelin nicht, sondern die Befugniß des Schuldners über sein Vermögen zu disponiren wird ihm erst durch das richterliche Verbot entzogen. Aber wie! wenn das richterliche Verbot dem Schuldner die Disposition über sein Vermögen entzieht, so thut es ja offenbar die Edictal-Citation nicht, die von dem richterlichen Verbot verschieden ist, auch keineswegs damit unzertrennlich verbunden, womit sich doch der formelle Concurs anfängt, und die also diese Wirkung nach sich ziehen müßte, wenn mit dem Eintritt des formellen Concurses die freye Disposition des Schuldners über sein Vermögen aufhören soll, wie hier doch behauptet ist. Liegt hier also nicht sichtbarlich die größte Verwirrung der Begriffe zum Grunde, indem man eine Wirkung von etwas anderem ableitet, als wovon sie doch nach der Einleitung, und den unterstellten Grundbegrif-

fen abgeleitet werden müßte, und sie demohnerachtet für eine Folge derselben ausgiebt? Fällt nicht aus diesem Gesichtspunct auch nun dieser letztere von Gmelin angegebene Unterschied zwischen dem materiellen, und formellen Concurse von selbst dahin — so dahin, daß die Unrichtigkeit desselben nicht des mindesten Beweises weiter bedarf, sondern einem Jeden sofort einleuchten muß? — Denn wollte man auch von der Gmelinschen Vorstellungs-Art abweichen, den natürlichen Gang bey dieser Eintheilung verfolgen, und so diese Wirkung vertheidigen, so geht auch dieses um deswillen nicht an, weil, wie ich oben ausführlich bewiesen habe, die Edictal-Citation dem Concurse keine neue Wirkungen verleiht, am wenigsten die Befugniß des Schuldners über sein Vermögen zu disponiren aufhebt.

Was folgt nun aber aus diesem allen? — Nichts anders als dieses: daß, wenn man die Eintheilung des Concurses in den materiellen, und förmlichen beybehalten will, man sie als eine bloße Schul-Eintheilung betrachten muß, die aber im geringsten nicht allgemein ist, und bey allen Concursen statt finden kann, am allerwenigsten aber mit Wirkungen begabt ist, die in dem Wesentlichen des Concurses eine Veränderung hervorbringen können.

37) Daß der Schuldner hiezu berechtiget sey, wenn auch noch kein Gläubiger gegen ihn geklagt hat, leidet im mindesten keinen Zweifel, obgleich es nicht an Rechtslehrern, besonders älteren fehlt, welche das Gegentheil vertheidigen. S. BRUNUS Tr. de cessione bonorum Qu. 7. Denn die Güter-Abtretung ist als eine Rechtswohlthat den Schuldnern verstattet, welcher sie sich unter den gesetzlichen Bestimmungen zu allen Zeiten bedienen können, und zu deren Gebrauch nicht erst nöthig ist, daß die Gläubiger gegen sie auf Bezahlung andringen. BRUNNEMANN *ad L.* 5. et 6. *D. de Cessione bonor.* *Ant.* PEREZ in Praelect. ad Codic. tit. *Qui bonis cedere poss.* *Carl* ZEGERS D. de Cessione bonorum. *Traj. ad Rhen.* 1717.

38)

38) *Erneſt. Gothofr. Chriſt.* KLÜGEL D. de Cauſſis citationis edictalis *Lipſ.* 1791. und deſſen Program. de Iudice edictaliter citante *ibid. eod.* In wie ferne die Edictal-Citation, die bereits dem Concurs-Richter bekannten Gläubiger angehe, unterſucht Herr Geheim-Juſtizrath Walch in der Introductio in Controverſias Iuris Civilis pag. 787. edit. nov.

§. 12.

2) In den allgemeinen, und beſonderen.

Ferner wird auch noch der Concurs von den Rechtslehrern in den allgemeinen, und beſonderen (concurſus univerſalis, et particularis) eingetheilt, und unter dem erſteren derjenige verſtanden, welcher das geſammte Vermögen des Schuldners umfaßt, unter dem letzteren hingegen derjenige, welcher nur einige Güter deſſelben zum Gegenſtande hat. Findet ſich gleich dieſe Eintheilung des Concurſes als allgemein aufgenommen [39]), nicht nur in allen Lehrbüchern, und Syſtemen des bürgerlichen Rechts, ſondern wird auch in den Schriften, die die Lehre vom Concurſe beſonders zum Gegenſtand haben, zum Grunde gelegt, ſo kann ich mich doch ſo wenig von der Richtigkeit, als dem Nutzen derſelben überzeugen, daß ich ſie vielmehr für völlig falſch, und dem Hauptbegriff des Concurſes gänzlich zuwider erkläre, auch behaupte, daß ſie dazu dient Verirrungen anzurichten. Ich will mich bemühen die Richtigkeit dieſer Behauptung, durch Darlegung der Gründe, die mich dazu beſtimmt haben, anſchaulicher zu machen.

Der Begriff eines Concurſes bringt es mit ſich, daß das ganze Vermögen eines Schuldners, in ſo ferne ſich die Gläubiger daran halten können, ſich in dem Zuſtande befindet, daß die ihre Befriedigung verlangende Gläubiger daraus nicht bezahlt werden können. Ich berufe mich dabey nicht auf den Begriff vom Concurſe allein, welchen ich oben gegeben habe, ſo ſehr ich auch davon überzeugt bin, daß er die Probe hält, ſondern

auch auf den, welchen andere Rechtslehrer, die die verschiedenen Bedeutungen des Worts — Concurs der Gläubiger gehörig von einander abzusondern gewußt haben, z. B. Omelin [40]), davon geben, — auf das, was man allgemein sich bey dem Klang dieses Worts im gemeinen Leben gedenkt. Eben das war auch der Fall mit der Conturbation bey den Römern, wovon nur der Concurs dem Namen nach unterschieden ist. Contrastirt nun aber nicht offenbar die Eintheilung des Concurses in den allgemeinen, und besonderen, in dem oben angegebenen Verstande dieser Eintheilung, mit dem Begriff des Concurses, und hebt denselben gänzlich auf, da es doch einer der ersten, und nothwendigsten Grundsätze aller Eintheilungen ist, daß die Arten unter dem Begriff des Geschlechts stehen, oder eine Aehnlichkeit in dem Geschlechte haben, so daß der ganze allgemeine Begriff des Geschlechts in jeder Art enthalten ist, hinfolglich die Arten den Begriff des Geschlechts nicht aufheben, oder demselben widersprechen müssen; und hier gerade das Gegentheil geschieht? — Denn offenbar hebt das eine Eintheilungsglied — der besondere Concurs, den Begriff des Concurses überhaupt auf. Diesen Fehler, den ich hier rüge, und der die ganze Eintheilung, so beliebt sie auch immer seyn mag, ganz unstatthaft macht, haben auch schon andere Rechtslehrer bemerkt, und sich daher bemühet demselben durch einen anderen Begriff vom Concurse abzuhelfen, womit die Eintheilung in den allgemeinen und besonderen Concurs bestehen kann. Venit vero (sagt Nettelbladt [41]) sub concursus Creditorum nomine is status aut omnium, aut nonnullorum bonorum debitoris, quod plures creditores solutionem ex iis urgeant, ad quam non sufficiunt. Nur Schade! daß dieser Begriff vom Concurse einestheils kein wahrer logisch richtiger Begriff ist, anderentheils nicht mit dem, was man allgemein unter dem Concurs versteht, vereinbart werden kann. Dazu kommt, daß das — entwe-

der-

der = oder in sich schließt, daß nicht beides oder alles zugleich sey, oder seyn könne; und daß, wo eins ist, das andere nicht statt finde: so wie im Gegentheil folgt, daß da, wo das andere nicht ist, das erste ist. Daß aber beides, nemlich der allgemeine, und besondere Concurs zugleich seyn könne, wird bey dieser Definition im mindesten nicht in Zweifel gezogen.

Meines Dafürhaltens vernachlässige man die ganze Eintheilung des Concurses in den allgemeinen und besonderen, die, wie ich gezeigt habe, durchaus nicht mit den logischen Grundsätzen von der Eintheilung bestehen kann. Man bleibe bey dem allgemeinen Begriff vom Concurse stehen, und sehe das, was man unter dem Namen eines besonderen Concurses begreift, als Ereignisse an, die beym Concurse vorkommen [42]), den sogenannten Lehns = Concurs ausgenommen, womit es eine ganz besondere Bewandniß hat, wie ich an einem andern Orte darthun werde, wo ich eine vollständige Abhandlung davon versprochen habe [43]). — Denn wozu Eintheilungen, die nicht nur ganz unphilosophisch sind, sondern auch dazu dienen, eine deutliche Sache undeutlich zu machen, die Begriffe zu verwirren, und die Anwendung rechtlicher Wahrheiten zu erschweren, die bey dem natürlichsten Gange immer am leichtesten geräth.

39) Jedoch hat Nettelbladt in der Iurisprudent. pos. general. Germanor. commun. §. 803. mit Hintenansetzung dieser Eintheilung eine andere, und seiner Meinung nach zweckmäßigere Eintheilung des Concurses vorgeschlagen. Me iudice (schreibt er daselbst) concursus Creditorum primo dividendus est in *simplicem*, qui est concursus creditorum unius debitoris, qui ex eadem massa bonorum solutionem urgent, et *compositum*, seu *mixtum* concursum creditorum si talis non est. Simplex concursus vero, vel *universalis* est, si omnia bona debitoris obaerati, praeter ea, quae vi iuris quasi separationis separanda, concernit, vel *particularis*, si non nisi ea bona, quae vi iuris quasi sepa-

rationis separanda concernit. So sehr ich auch den Scharfsinn dieses großen Gelehrten, der sich um die Berichtigung so mancher juristischen Theorien verdient gemacht hat, sonst bewundere, so kann ich ihm doch nicht in dieser Eintheilung beystimmen, indem sie auf eben demselben Grunde, worauf die Eintheilung in den allgemeinen und besondern Concurs beruht, gebauet ist.

40) In der Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 1.

41) a. a. O. §. 799.

42) Ich glaube meiner Behauptung wird jeder beypflichten, der nur das, was man gemeinhin besonderen Concurs nennt, genau zu beleuchten sich bemüht, und wovon Wolffgang Adam Schoepf eine eigene Dissertation de concursu creditorum particulari. Tubing. 1753. geschrieben hat. Man rechnet dahin 1) den Umstand, wo bey entstandenem Concurse einige Gläubiger, mittelst dem Separations-, oder Quasi-Separations-Recht, die Absonderung gewisser schuldnerischen Güter nachsuchen, um daraus mit Ausschluß der übrigen Gläubiger befriedigt zu werden, solche erhalten, die abgesonderten Güter aber nicht zu ihrer Befriedigung hinreichend sind. 2) Den Zustand eines Lehns, aus welchem mehrere Lehns-Gläubiger ihre Befriedigung fordern, wozu aber die Substanz desselben nicht hinreicht. Diejenigen Rechtslehrer, welche behaupten, daß das forum concursus die außerhalb dem Territorium belegene Güter des Schuldners nicht an sich ziehe, nehmen 3) auch in Ansehung derselben einen besonderen Concurs an, welchem ich aber schon unten begegnen werde. Aber gesetzt, man nähme auch dieses als ausgemacht an, so wird man immer meine Behauptung gegründet finden, indem die unter der ersten und zweyten Nummer enthaltene Fälle nur als Ereignisse des schon entstandenen Concurses gedacht werden können. Der unter der Nummer 2. enthaltene Fall verdient die Benennung Concurs im mindesten nicht, da er im äußeren völlig dem Umstand gleicht, wo mehrere Gläubiger eine verpfändete Sache mit der hypothekarischen Klage verfolgen, die zu ihrer Befriedigung nicht hinreicht.

43) Siehe meine Meletemata Iuris feodalis in der Vorrede, nach welcher diese Abhandlung der dritten Collection gewidmet ist.

§. 13.

Von der Benennung der Gläubiger, und des Schuldners nach entstandenem Concurse.

Sobald ein Concurs der Gläubiger seine Entstehung erhalten hat, so bekommen sowol die Gläubiger als der Schuldner verschiedene Benennungen, mit welchen wir uns hier bekannt machen müssen. Und zwar was 1) die Gläubiger anbetrift, so werden diese nunmehr mit dem Namen — Concurs-Gläubiger belegt, welche Benennung einestheils darin ihren Grund hat, weil sie diesen Zustand des schuldnerischen Vermögens, welcher Concurs heist, durch ihr gerichtliches Andringen auf ihre Befriedigung mit hervorgebracht haben, anderntheils daher, weil sie nunmehr mit einander darüber concurriren, wer von ihnen aus dem zur allerseitigen Befriedigung unzureichenden schuldnerischen Vermögen zuerst das Seinige erhalten soll. Was 2) den Schuldner betrifft, so erhält dieser den Namen Gemeinschuldner (debitor communis), auch wird er Concursifex, Cridarius, und Ganthmann genannt [44]). Die Benennung Gemeinschuldner rührt ohne allen Zweifel daher, weil die Gläubiger, wie ich weiter unten zeigen werde, durch den entstandenen Concurs, gleichsam in eine Gemeinschaft treten, und der Schuldner gegenwärtig so betrachtet wird, als wenn er dieser Gemeinschaft schuldigte. Der Name Concursifex ist ein barbarischer Ausdruck, von Concursus und facere zusammengesetzt, mit welchem der Schuldner darum belegt wird, weil gemeiniglich die Schuldner durch eine schlechte Wirthschaft ihre Unzahlfähigkeit veranlasset haben. Die Ausdrücke — Cridarius, und Ganthmann endlich, kommen nicht allgemein, sondern nur in einigen Gegenden Deutschlands vor; über die Etymologie beider Wörter ist man aber keinesweges einig. Anlangend zuvörderst den Ausdruck — Cridarius, so leiten einige Rechtslehrer denselben von dem Französischen Worte — criér, andere hingegen von

dem Italiänischen Worte — gridare, und Herr Hofrath Schmidt [45]) sogar von dem plattdeutschen Worte — krischen, oder laut aufschreien ab. Dem sey nun wie ihm wolle, allemal bleibt so viel gewiß, daß der Schuldner um deswillen diesen Namen erhalten hat, weil er zur öffentlichen Vorladung, und Zusammenberufung seiner Gläubiger Veranlassung gegeben hat. Eine eben so verschiedene Ableitung trift man zweyens in Ansehung des Worts — Ganthmann bey den Rechtslehrern an. Einige leiten es von dem alten deutschen Worte gan, oder gemein ab, weil nach entstandenem Concurse das Vermögen des verarmeten Schuldners seinen Gläubigern dergestalt gemein wird, daß diese nunmehr zu ihrer Befriedigung darüber disponiren können [46]); dahingegen andere, und ohne allem Zweifel mit größerem Rechte es von dem alten deutschen Worte — verganthen, oder öffentlich verkaufen, indem nach ausgebrochenem Concurse die Güter des Schuldners von den Gläubigern öffentlich verkauft werden können, um sich mit der daraus gelöseten Geldsumme ihre Befriedigung zu verschaffen [47]).

44) Daher wird auch der Concurs-Proceß Processus cridae, imgleichen Gant-Proceß genannt.

45) In der Abhandlung von geistlichen und weltlichen Separatisten. 2. Th. §. 2.

46) Schmidt a. a. O.

47) Gmelin vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 1. not. c. wo derselbe zugleich erinnert, daß das Wort Ganth sehr häufig statt des Wortes Concurs gebraucht werde.

§. 14.

Imgleichen des Vermögens des letzteren.

Das Vermögen des verarmeten Schuldners erhält nunmehr den Namen — Concurs-Masse (massa concursus) wahrscheinlich aus dem Grunde, weil es sowol der Gegenstand des Concurses überhaupt, als auch insbeson-

besondere des Rechtsstreits ist, der gegenwärtig unter den Gläubigern, wegen des Vorzugs ihrer Forderungen verführt wird.

§. 15.

Von den sogenannten Creditoribus massae.

Von den eigentlichen Concurs-Gläubigern, deren ich §. 13. gedacht habe, unterscheiden sich die sogenannten Creditores Massae, unter welchem Namen man alle solche Personen begreift, welche nach entstandenem Concurse, an die Concurs-Gläubiger selbst, in Hinsicht auf das Concurs-Wesen, Ansprüche zu machen, berechtiget sind. Diese Creditores Massae sind vor entstandenem Concurse nicht gedenkbar, sondern erst das eingetretene Concurs-Wesen giebt Veranlassung zu ihrer Entstehung. Der Begriff, welchen ich davon gegeben habe, zeichnet sie hinlänglich von den eigentlichen Concurs-Gläubigern aus, indem sie nicht wie Gläubiger des Schuldners, sondern vielmehr als Gläubiger der Concurs-Gläubiger betrachtet werden müssen, und ich werde von ihnen, unten in dem Hauptstück von den Concurs-Kosten, specieller handeln. Hier genügt es derselben wenigstens Erwähnung gethan zu haben.

§. 16.

Von dem Contradictor und Curator bonorum beym Concurse der Gläubiger.

Beym Concurse der Gläubiger kommen gemeiniglich auch noch zwey Personen vor, deren ich hier kürzlich gedenken muß. Dies sind der Contradictor, welchen man auch Curator litis, oder Concurs-Vertreter nennt, imgleichen der Curator bonorum s. massae, der auch den Namen Güter Vertreter führt [48]). Von beiden hat noch neuerlich in Verbindung Johann Heinrich Stepf unter dem Titel: Systematische Lehre vom Contradictor bey einem förmlichen Schul-

den-Wesen über das Vermögen sowol mittelbarer, als unmittelbarer Personen. Nürnberg 1791. sehr ausführlich und gut gehandelt. Beide obenbenannte Personen dürfen nicht mit einander verwechselt werden, indem sie sowol ihrer Absicht nach, als in Ansehung ihrer Functionen, sehr von einander verschieden sind, wenn man auch gleich beide Aemter sehr häufig in einer Person mit einander verbunden findet, und diese Verbindung von den angesehensten practischen Rechtslehrern zur Ersparung der Kosten, zum Vortheil der Gläubiger, sehr angerathen, ja als Regel festgesetzet wird [49]). Auch dann noch, wenn beide Aemter gleich in einem Subject verbunden sind, bleiben sie in Rücksicht der verschiedenen davon abhängigen Geschäfte noch immer getrennt, und müssen die zu einem jeden Amte gehörigen Functionen, nach einem besondern Maaßstab beurtheilet werden. Dies ist auch der Grund, warum ich von einer jeden Person insbesondere zu handeln für nöthig finde, weil so, das was alsdann, wenn beide Aemter in einem Subject verbunden sind, Rechtens ist, besser gefaßt werden kann. Ich werde mit dem Contradictor den Anfang machen.

Unter einem Contradictor beym Concurse versteht man die rechtskundige Person, welche von dem Concurs-Richter dazu bestellt wird, die Schulden-Richtigkeit zu untersuchen, und den Gläubigern bey der Liquidation ihrer Forderungen sowol, als anderen Personen, die an den Schuldner Ansprüche machen, die nöthigen Einwendungen entgegen zu setzen [50]). Durch diesen Begriff von einem Contradictor, welcher sich an der Ableitung dieses Namens von dem lateinischen Worte — contradicere — widersprechen — nicht einwilligen genau anschließt, sondert sich die gänzliche Verwaltung, das ist die gerichtliche sowol als außergerichtliche Vertretung

des

des schuldnerischen Vermögens, von der alleinigen Prüfung der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Schulden ab, und seine Geschäfte schränken sich bloß darauf ein, die Schulden, Namens des Schuldners gerichtlich zu untersuchen, und die demselben zustehende Einreden den Gläubigern entgegen zu setzen, daher er auch wie ein Vertheidiger (defensor) des Schuldners angesehen werden kann. Eben so wenig hat der Contradictor mit der Priorität, oder dem eigentlichen unter den Gläubigern selbst wegen des Vorzugs ihrer Forderungen zu führenden Concurs-Processe zu schaffen, indem dieses als eine die Gläubiger bloß betreffende Angelegenheit im mindesten nicht zu seinen Amtsgeschäften gezogen werden kann, die sich bloß auf die Vertheidigung des Schuldners einschränken [51]).

Das Amt eines Contradictors, welches ich so eben dargestellt habe, bestimmt sattsam die Eigenschaft desjenigen Subjects, dem dasselbe übertragen werden kann. Es muß solches eine rechtskundige Person seyn, indem nur diese dazu im Stande ist, die Schulden-Richtigkeit sowol, als auch die, aller übrigen Ansprüche zu prüfen, welche an den Schuldner gemacht werden. Ob bey einem sich ereignenden Concurse ein Contradictor nothwendig sey? hängt zwar vom richterlichen Ermessen ab, jedoch wird die Bestellung desselben beym Concurse von den Practikern als Regel angenommen [52]), indem dem Gemeinschuldner, der seines Vermögens entsetzt ist, eben so wenig als einem öffentlich erklärten Verschwender das Recht zugestanden werden kann, auf eingeklagte Schulden, oder sonstige an ihm gemachte Ansprüche zu antworten. Nur bey geringen Concursen, die die Belohnung eines Contradictors nicht vertragen, wird der gemeine Schuldner dahin beeidiget, keine andere, als gegründete Forderungen zuzugestehen, und vertritt in diesem Fall selbst die Stelle eines Contradictors. Die Bestellung eines Contradictors selbst besorgt der Richter,

und

und können die Gläubiger wie Schaumburg [53]) behauptet, nicht dabey concurriren, indem sie sonst sich gewiß eine Person wählen würden, die mit ihnen einverstanden wäre, und ihre Ansprüche ohne große Schwierigkeiten durchgehen lassen würde. — Eben so wenig kann dem Schuldner die Befugniß, den Contradictor zu bestellen, gestattet werden, wenn ihm auch gleich die Sache zunächst angeht, indem auch in dessen Handlungen Mißtrauen zu setzen ist, und er sehr leicht eine Person in Vorschlag bringen kann, die, wenn nicht alle, doch einige Gläubiger z. B. Anverwandte oder Freunde des Schuldners, zum Nachtheil der übrigen Gläubiger begünstigte [54]).

Ist nun gleich die Bestellung sowol, als auch die Bevollmächtigung [55]) des Contradictors beym Concurse dem Richter überlassen, so hat doch derselbe darauf zu sehen, daß außer einem fähigen Subject, auch noch ein unverdächtiges dazu genommen werde. Diesem zufolge kann in der Regel, kein Gläubiger, Anverwandter des Schuldners oder eines Gläubigers, und überhaupt keine Person dazu genommen werden, von der sich vermuthen läßt, daß sie einem Gläubiger, oder einem andern, der sonstige Ansprüche an den Schuldner macht, widerrechtlich etwas zugestehen werde, es wäre denn, daß in den Fällen, wo der bestellte Contradictor aus einem der obenbenannten Gründe verdächtig ist, ein Special-Contradictor bestellet würde.

48) Daniel Nettelbladt Versuch einer Anleitung zu der ganzen practischen Rechtsgelahrtheit §. 826.

49) LEYSER Meditat. ad Pandect. *Spec.* 491. *Medit.* 6. *Iust. Henn.* BOEHMER in Introduct. in Ius Digestorum. p. 409. *Ioh. Gottfr.* SCHAUMBURG princip. praxeos Iuridic. Iudiciar. L. 2. C. 8. §. 11. not. **).

50)

50) Gmelin Ordnung der Gläubiger bey einem über ihres Schuldners Vermögen entstandenen Ganth-Processe. S. 3. §. 2. Clapproth a. a. O. S. 80.

51) BERGER in Oeconom. Iuris p. 1138. WERNHER in select. Observat. forensib. P. I. T. 3. Obs. 31. Es irrt daher Musaeus in seinen Pract. de Iure Commissionum §. 54. wenn er schreibt: Contradictor in processu concursus ad eum finem constituitur, ut creditoribus nomina sua liquidantibus respondeat, et *cum iis de prioritate certet.*

52) Clapproth a. a. O.

53) In princip. prax. Iurid. Iudic. l. c. wo es heißt: Equidem jure communi creditoribus facultas constituendi curatorem litis, vel contradictorem per majora non videtur ademta, satius tamen est, ut judicis officio persona eligatur idonea.

54) S. Stepf a. a. O. §. 39.

55) Wegen der Art und Weise wie diese Bevollmächtigung geschieht, ist Clapproth a. a. O. §. 81. nr. 4. nachzulesen.

§. 17.

Fortsetzung.

Von dem Contradictor, mit welchem wir uns bisher beschäftigt haben, ist der sogenannte Curator bonorum, oder Güter-Vertreter unterschieden. Man versteht darunter die Person, welche zur Verwaltung und Vertheidigung der Concurs-Masse zum Vortheil der Gläubigerschaft, und zur Wahrnehmung der, derselben in Hinsicht auf den Concurs zuständigen Gerechtsame bestellet wird. Die Idee eines solchen Güter-Vertreters liegt schon in dem römischen Rechte [56]), obgleich das, was darin von demselben enthalten ist, nicht allgemein auf den heutigen Güter-Vertreter bey Concursen angewendet werden dürfte.

Der

Der Güter = Vertreter hat beym Concurse nichts mit der Untersuchung der Schuldenrichtigkeit, oder anderer Ansprüche, die etwa an den Schuldner gemacht werden mögten, am allerwenigsten aber mit dem Streit der Gläubiger über die Erstigkeit ihrer Forderungen zu schaffen [57]), sondern alle seine Geschäfte schränken sich bloß auf die Erhaltung, Vermehrung, und Veräußerung der Concurs = Masse ein. Man kann auch allgemein von dem Güter = Vertreter sagen: Er übt im Namen der Gläubiger alle Rechte aus, die ihnen in Ansehung des Vermögens des verarmeten Schuldners, und wegen des Schuldenwesens zuständig sind [58]), und die ich unten specieller entwickeln werde. Er ist daher als Administrator gläuberischer Rechte zu betrachten, und ihnen Rechnung abzulegen verbunden, darf auch in wichtigen Angelegenheiten, nicht ohne ihrer, und des Richters Zustimmung handeln [59]).

Die Bestellung eines Güter = Vertreters geschieht übrigens von den Gläubigern selbst, durch die Mehrheit der Stimmen [60]), obgleich darum noch nicht die Befugniß des Richters denselben zu bestellen, besonders alsdann, wenn die Gläubiger sich nicht in der Person, die dazu genommen werden soll, vereinbaren können, ausgeschlossen wird, so wie ihm überhaupt die Bevollmächtigung desselben gebührt [61]). — Und giebt es gleich bey den mehresten Concursen nur einen Güter = Vertreter, so sind doch die Fälle nicht geringe, wo deren mehrere angeordnet werden, welches vorzüglich alsdann der Fall ist, wenn das Vermögen des Schuldners an mehreren Orten belegen ist, und die zu diesem Amte gehörigen Geschäfte nicht füglich von einer Person, oder doch vor der Gläubigerschaft nicht vortheilhaft genug bestritten werden können.

Die Person, welcher das Güter = Pfleger = Amt übertragen werden soll, muß nicht nur des Oekonomiewesens, sondern auch der Rechte kundig seyn [62]), indem

nicht

nicht nur bloß die Verwaltung des schuldnerischen Vermögens, sondern auch die gerichtliche sowol als außergerichtliche Vertheidigung desselben zu ihrem Amte gehört, es wäre denn, daß das letztere dem Contradictor mit übertragen worden. Uebrigens, da der Güter-Vertreter im Namen der Gläubiger, und zu deren Besten handelt, auch größtentheils nur von ihnen abhängig ist, so leidet es im mindesten keinen Zweifel, daß diesem Amte auch selbst ein Gläubiger mit Einwilligung der übrigen vorstehen kann [63]).

56) Siehe den Titul der Pandekten: *De Curatore bonis dando.*

57) von PUFFENDORFF Observat. Iuris Universs. T. I. Obs. 177.

58) Clapproth a. a. O. S. 38. welcher Rechtslehrer meiner Einsicht nach das Verhältniß eines Güter-Vertreters am allerbesten und so einleuchtend darstellt, daß es von dem eines Contradictors in alle Wege unterschieden werden kann, da man bey andern Rechtslehrern größtentheils eine Verwirrung der Begriffe antrifft.

59) Der Güter-Vertreter ist aus diesem Grunde ganz nach den Grundsätzen, die von den Verwaltern fremder Sachen gelten, zu beurtheilen. *L.* 9. §. 3. *L.* 15. *D. de rebus auctorit. judic. possidend. L.* 2. §. 1. *L.* 3. *D. de Curat. bon. dand.*

60) arg. *L.* 2. *pr. D. de curat. bon. dand.*

61) Diese Bevollmächtigung geschieht entweder durch ein förmliches Curatorium, oder auch durch ein unter dem Gerichtssiegel ausgefertigtes Protocoll, worin die Beeidigung, und Genehmigung des Güter-Vertreters enthalten ist.

62) Die Rechtslehrer erfordern gemeinhin nur zu einem Güter-Vertreter eine des Oeconomie-Wesens, und der Nahrungs-Geschäfte des Schuldners kundige Person. Siehe SCHAUMBURG l. c. §. 9. Allein dies kommt daher, weil sie die Vertheidigung des schuldnerischen Vermögens, und die Beytreibung der zu demselben gehörigen Sachen, als ein Geschäft des Contradictors ansehen. Meiner Meinung ist auch der oft angeführte Clapproth p. 39. zugethan.

63) Der Schuldner kann dazu, wenigstens wenn der Richter den Güter-Vertreter bestellt, nicht genommen werden, indem dadurch die Gläubiger offenbar gefährdet werden, obgleich LEYSER in Meditat. ad Pandect. *Spec.* 491. *Med.* 3. ihn gegen Caution zugelassen wissen will, und eben das gilt von dessen Frau und Kindern. Der Versicherung dieses Rechtsgelehrten: daß er noch nie in Erfahrung gebracht, daß diese Personen mehr zu ihrem, als der Gläubiger Vortheil gehandelt, traut gewiß Niemand, der mit dem Lauf der Welt bekannt ist, und der Grund, den ebenderselbe anführt, daß diese mit dem Vermögens-Stande in der besten Bekanntschaft stünden, ist zu seicht, als daraus sein Argument zu vertheidigen.

§. 18.

Von dem Vindications-Recht beym Concurse.

Ehe ich diese Einleitung beschließen kann, muß ich noch das Nöthige von dem sogenannten Vindications-Recht beym Concurse der Gläubiger einschalten, indem solches nach meinem Plan nicht zu den einzelnen Lehren des Concurses gerechnet werden kann, mithin hier seinen rechten Platz findet. Man versteht darunter die Befugniß, bey entstehendem Concurse der Gläubiger, eigenthümliche bey dem Schuldner annoch sich befindende Sachen zurückzufordern, damit solche nicht mit dem wirklichen Vermögen des Schuldners confundirt, und zur Befriedigung der Gläubiger mit zugezogen werden mögen. Die Rechtslehrer pflegen dieses Vindications-Recht gemeiniglich Ius separationis ex Iure Dominii zu nennen [64]), welches daher kommt, weil sie den Begriff des Absonderungs-Rechts, wovon ich unten in einem besonderen Hauptstücke handeln werde, zu allgemein fassen, und darunter überhaupt die Befugniß verstehen die Absonderung gewisser Sachen, die sich in dem Besitz des Schuldners befinden, beym Concurse zur ausschließenden Befriedigung zu verlangen. Dieses so allgemein gefaßte Absonderungs-Recht, theilen sie

nun wiederum in das Ius separationis ex Iure dominii, und ex Iure Crediti ein, und verstehen unter dem ersteren das Vindications-Recht, unter dem letzteren aber das Separations-Recht in der eigentlichen Bedeutung dieses Worts, imgleichen das Quasi-Separations-Recht. Allein dem abgerechnet, daß diese Eintheilung Verwirrung hervorbringt, so ist sie überdies offenbar falsch, indem das Absonderungs-Recht, wie ich unten weitläuftiger darthun werde, seiner individuellen gesetzlichen Bestimmung nach, ohne Unterschied, es möge ein wahres, oder Scheinseparations-Recht seyn, immer wirkliche Concurs-Gläubiger voraussetzt, und Sachen, die sich zu der Zeit, wo es ausgeübt werden soll, in dem Vermögen des Schuldners befinden [65]).

In Ansehung des Vindications-Rechts beym Concurse ist ein vierfacher Punct zu untersuchen, nemlich 1) wem es zuständig sey, 2) wenn es statt finde, 3) welche Verbindlichkeiten bey der Ausübung desselben dem Vindicanten obliegen, und endlich 4) welche Wirkungen das Vindications-Recht mit sich bringt, — womit wir uns gegenwärtig nach einander beschäftigen wollen.

64) *Ioh. Aug.* HELLFELDT in Iurisprudent. forens. §. 1823.

65) Eben das gilt von der Eintheilung, welche Emelin Ordnung der Gläubiger u. s. w. 7. Cap. §. 19. beobachtet, welcher das Absonderungs-Recht in Ius separationis ordinarium und extraordinarium eintheilt, und unter dem ersteren das Vindications-, unter dem letzteren aber das eigentliche Absonderungs-Recht versteht.

§. 19.

Untersuchung

1) Wem das Vindications-Recht zuständig sey.

Was zuvörderst die Frage anbetrifft: Wem ist bey entstandenem Concurse der Gläubiger das Vindications-Recht zuständig? so läßt sich diese im allgemeinen so be-

antworten: Jedem, der eine eigenthümliche Sache bey dem Schuldner hat [66]), es sey diese auf dem Schuldner gekommen, auf welche Art und Weise sie wolle, auf eine gesetzlich erlaubte, oder unerlaubte Art. Es kommt dabey auch nichts auf die Gattung des Eigenthums an, noch auf die Art und Weise, wie ihm solches erworben worden, ob er nemlich dasselbe durch eine in den Gesetzen gebilligte Erwerbungsart, oder ipso iure [67]) erworben hat. So kommt auch ferner nichts darauf an, ihm stehe an der Sache ein alleiniges, oder ein Mit-Eigenthum [68]), ein wahres, oder erdichtetes Eigenthum, (dominium putativum) zu. Kurz, sobald jemanden nur das Eigenthum an einer bey dem in Concurs verfallenen Schuldner sich befindenden Sache zusteht, so ist ihm auch zugleich das Recht, dieselbe zu vindiciren, zuständig, es wäre denn, das ein Gesetz aus gewissen Gründen die Vindication untersagte, und dem Eigenthümer blos eine Klage zur Schadloshaltung zugestünde, in welchem Fall auch hier beym Concurse die Vindication nicht zugelassen werden darf [69]).

Solche Personen, welchen das Vindications-Recht zuständig ist, können mit der allgemeinen Benennung — Vindicanten belegt werden, weil jeder, der seine Sache aus einem eigenthümlichen Rechte verfolgt, diesen Namen führt [70]).

66) *L.* 23. *D. de Rei vindicat.*

67) Daß es Fälle in den Gesetzen gebe, wo Jemanden das Eigenthum einer Sache ipso Iure erworben wird, ist nicht abzuleugnen: Ob aber die Fälle, welche man gemeiniglich anführt, und die fast in allen Compendien und Systemen des bürgerlichen Rechts, als solche aufgeführt gefunden werden, die Probe halten, ist eine andere Frage. Man rechnet gemeiniglich dahin 1) das Recht, welches ein Unmündiger an denjenigen Sachen erhält, die der Vormund auf seinen eigenen Namen, jedoch mit dem Gelde des Unmündigen, anschafft. *L.* 2. *D. quando ex facto tutor.* 2) Das Recht, welches der Ehefrau an den mit ihren Dotal-

tal-Geldern erkauften Sachen erworben wird. *L.* 54. *D. de Iure dot.* 3) Das Recht, was einem Ehegatten auf dem Fall, da er in stehender Ehe dem anderen Ehegatten ein unter Eheleuten ungültiges Geschenk gemacht, und dieser das geschenkte Geld zur Ankaufung ein oder der anderen Sache angewandt hat, an diesen Sachen zuständig ist. *L.* 55. *D. de donat. inter Vir. et Uxor.* Endlich 5) das, was ein Soldat an den mit seinem castrensischen Peculium erworbenen Sachen hat. *L.* 8. *C. de rei vindicat.* Allein Herr G. J. R. Westphal hat in dem Versuch einer systematischen Erläuterung der sämmtlichen römischen Gesetze vom Pfandrecht. §. 100. sehr gründlich erwiesen, daß dies keine ipso Iure entstandene Eigenthums-Rechte, sondern blos stillschweigende Hypotheken sind, denen im Concurs ein Absonderungs-Recht gebührt. Ich werde davon in dem Hauptstück vom Absonderungs-Recht weitläuftiger seyn, hier genügt es der Sache darum vorläufige Erwähnung gethan zu haben, weil ich diesen Personen kein Vindications-Recht einräume.

68) Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 2.

69) Ein Beyspiel enthält *L.* 23. §. 6. *D. de Rei vindicat.*: *Tignum alienum aedibus junctum nec vindicari potest propter legem duodecim Tabularum, nec eo nomine ad exhibendum agi, nisi adversus eum qui sciens alienum junxit aedibus: sed est actio antiqua de tigno juncto, quae in duplo ex lege duodecim tabularum descendit.* HOFFACKER princ. juris Civilis. §. 1019. Daß hier der vorige Eigenthümer des Baumaterials sein Eigenthum nicht verliehrt, liegt deutlich in diesem Gesetz zum Grunde, und doch wird ihm das Recht, es zu vindiciren, abgesprochen. Hat also der Schuldner unwissend ein fremdes Bau-Material in seinem Gebäude verbauet, und verfällt nun im Concurs, so kann der Eigenthümer es nicht vindiciren, sondern muß wegen seiner Befriedigung mit den Concurs-Gläubigern streiten.

70) *L.* 15. *pr. D. de Obl. et Action.* §. 15. *I. de Actionib.*

§. 20.

Nähere Bestimmung der Vindicanten beym Concurse.

Bin ich gleich vollkommen davon überzeugt, daß die vorgetragenen Grundsätze völlig hinreichen, um ei-

nen Vindicanten beym Concurse der Gläubiger kennbar zu machen, hinfolglich es nicht erst eines besonderen Verzeichnisses derjenigen Personen bedarf, welchen das Vindications-Recht zuständig ist, so will ich mich doch zur mehreren Vollständigkeit in einer etwas genaueren Bestimmung der Vindicanten einlassen — zwar nicht so wie *Anton* AMARA [71]), der sich ängstlich bemüht, jeden, dem nur irgend das Vindications-Recht zuständig seyn kann, nahmentlich aufzuführen, welches nicht allein wegen des weiten Umfangs dieser Befugniß unmöglich ist, sondern auch wenn es möglich wäre, völlig überflüßig seyn, und nur die Nachlese eines solchen Verzeichnisses Ekel erwecken würde, — sondern blos so viel es thunlich ist, unter allgemeinen Regeln, sollen selbige hier angegeben werden, wenn nicht die Nahmhaftmachung des einen, oder des anderen, wegen dabey vorkommenden näheren Bestimmung nothwendig seyn sollte.

Zu den Vindicanten beym Concurse gehören 1) alle diejenigen, deren Sachen der Schuldner geliehen [72]), anvertrauet [73]), verpachtet [74]), verpfändet [75]), zu nutzen, und zu verwalten, oder sonst zu einem anderen gedenkbaren Endzweck [76]) ohne Eigenthumsbegebung, oder zwar mit Eigenthumsbegebung, jedoch mit einer bedingten überkommen hat. Aus dem letzteren Grunde steht auch A) dem Alimentheber beym Concurse des Alimentgebers in Ansehung seines demselben übergebenen Vermögens das Vindications-Recht zu, wenn der Alimenten-Contract in einer modalen Schenkung bestand, das ist, wenn der Alimentheber sein Vermögen dem Schuldner zu dem Ende geschenkt hatte, daß dieser ihm gewisse Alimente reichen sollte, und die Concurs-Gläubiger nun solche entweder nicht fortreichen wollen, oder doch wegen der Fortreichung die behufige Sicherheit nicht stellen können. Der *L.* 1 *C. de donat. quae sub modo* verstattet dem Alimentheber überhaupt auf dem Fall, wenn der Alimentgeber

die

die Alimente entweder nicht fortreichen will, oder nicht fortreichen kann, die nützliche Eigenthumsklage, die ihm hinfolglich auch dann, wenn über des Alimentgebers Vermögen ein Concurs entsteht, unter der obigen Bestimmung, nicht abgesprochen werden kann, indem hier der Alimentgeber zur Fortreichung der bedungenen Alimente außer Stand gesetzet ist. Si doceas (heißt es in dem angeführten Gesetz) ut affirmas, nepti tuae ea lege esse donatum a te, ut certa tibi alimenta praeberet: *vindicationem* etiam in hoc casu *utilem* eo, quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est *actionem, qua pristinum dominium tibi restituatur.* Nam (nonsolum) condictio quidem tibi in hoc casu, id est in personam actio jure procedit, verum etiam *vindicationem* quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt. — Besteht hingegen der Leibrenten-Contract nicht in einer modalen Schenkung, so kann dem Alimentheber auch das Vindications-Recht seines Vermögens nicht zugesprochen werden, es wäre denn, daß er sich ausdrücklich auf dem Fall, wenn der Alimentgeber ihm in Zukunft die bedungenen Alimente nicht würde reichen können, oder wollen, den Rückfall des Eigenthums seines Vermögens bedungen hätte [77]). Aus einem gleichen Grunde, wie dem Alimentheber steht auch B) dem Verkäufer das Vindications-Recht zu, welcher sich unter hinzugefügten commissorischen Vertrag des Eigenthums an der verkauften Sache begeben, und nun der Schuldner binnen der gesetzten Frist die Zahlung nicht geleistet hat. Denn hier geht, sobald der Käufer die zur Zahlung bestimmte Zeit, ohne selbige zu leisten, hat verstreichen lassen, das Eigenthum der Sache, bis zur Zeit des Verkaufs zurückgerechnet, wieder auf den Verkäufer über [78]), und er kann daher selbige nicht nur von dem Käufer mit allem Zubehör, und den Nutzungen zurückfordern [79]), sondern auch von einem jeden dritten Besitzer derselben,

folglich auch von den Concurs-Gläubigern, wenn diese sie inne haben, vindiciren [80]).

Uebrigens kommt bey der bedingten Eigenthumsbegebung nichts darauf an, sie möge ausdrücklich oder stillschweigend geschehen seyn. Aus diesem Grunde wird auch dem Verkäufer das Eigenthum nicht entzogen, wenn er den Schuldner, ohne ihm Credit zu geben, die verkaufte Sache tradirt, nachhero aber von selbigen die Bezahlung nicht erhalten hat [81]). Denn die bloße dem Käufer geschehene Uebergabe bringt auf diesen kein Eigenthums-Recht, sondern der Verkäufer zeigte durch die Uebergabe die Verzichtleistung auf sein Eigenthum nur unter der Bedingung an, wenn nemlich der Schuldner als Käufer dagegen das bedungene Kaufpretium entrichten würde. Es wird auch im Zweifel nicht vermuthet, daß der Verkäufer dem Käufer, und hier dem Schuldner Credit geben wollen [82]), welches ihm nach der Lehre des Pomponius im *L.* 19. *D. de contrah. emt. vendit.*: Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum: *vel etiam fidem habuerimus emtori sine ulla satisfactione*, das Vindications-Recht entziehen würde; indem der Verkauf, und die denselben begleitende Uebertragung des Eigenthums auf einen andern, nur gegen eine baar zu entrichtende Summe Geldes geschieht [83]); nach dem aber, was gemeiniglich geschieht, in vorkommenden zweifelhaften Fällen die Auslegung geschehen muß. Sind jedoch hinlängliche Anzeigen, oder gegründete Vermuthungen von der geschehenen Creditgebung vorhanden [84]), so ist der Verkäufer bey entstandenem Concurse über des Käufers Vermögen nicht zur Vindication der verkauften Sachen zuzulassen, sondern wegen des Kaufgeldes unter die Concurs-Gläubiger zu verweisen.

71) In tract. de Concursu Creditorum *L.* 1. *Tit.* 1. *per tot.* Siehe auch BRUNNEMANN de Concursu Creditor. *C.* 5. §. 5. RICHTER de Iur. et

et privileg. Creditor. *C. 2. Membr.* 1. *nr.* 1. *seqq.*

72) *L.* 9. *D. de rei vindicat.* *L.* 8. und 9. *D. commodati.*

73) *L.* 17. §. 1. *D. L.* 8. *C. depositi. L.* 24. §. 2. *D. de reb. auctor. judic. possidend,* es wäre denn, daß er wider die Natur dieses Vertrags, das Eigenthum der deponirten Sache zugleich auf den Depositarius übertragen hätte, welches aber wie Papinianus im *L.* 24. *D. depositi vel contra* erinnert, nicht vermuthet wird.

74) *L.* 39. und *L.* 60. §. 1. *D. locati conducti.* Eben das ist auch in Ansehung desjenigen anzunehmen, der mit dem Schuldner einen sogenannten Contractus socidae abgeschlossen hat, welchem bey entstandenem Concurse desselben, das Vindications-Recht in Ansehung des nicht nur dem Schuldner überlassenen Schiff, und Geschirrs, sondern auch desjenigen zugestanden werden muß, was der Schuldner statt des abgegangenen surrogirt hat. Denn der Contractus socidae überträgt nicht auf denselben das Eigenthum derjenigen Sachen, die ein Gegenstand desselben sind, sondern blos die Gefahr derselben, und verbindet den Schuldner Sachen von eben der Qualität und Quantität, an die Stelle der abgegangenen zu substituiren. Sobald nun diese Substitution geschehen ist, so muß in Ansehung der substituirten Sachen eben das gelten, was von den anfänglich überkommenen gilt. Anders würde sich die Sache verhalten, wenn das instrumentum fundi beym Pachtcontract zu einem gewissen Werth dem Pächter wäre angeschlagen worden, und hierauf zielen auch nur die Worte des Pomponius im *L.* 3. *D. locati:* cum fundus locetur, et aestimatum instrumentum colonus accipiat, Proculus ait, id agi, ut instrumentum *emptum habeat* colonus: sicut fieret, cum quid aestimatum in dotem daretur, obgleich auch dadurch noch nicht der Beweis des Gegentheils ausgeschlossen ist. Siehe BOEHMER D. selecta quaedam capita circa locationem conductionem praediorum rusticorum. c. 1. §. 8.

75) *L.* 13. *D. de pigner. act.* Dieses Rechts genießt auch derjenige, welcher in Absicht auf ein übernommenes Amt, oder andere Verbindlichkeit einen Vorstand durch Pfänder geleistet hat. Siehe Gmelin a. a. O. p. 34., und wie

ich glaube auch dann, wenn dieser Vorstand durch baares Geld, das noch vorhanden ist, geleistet worden.

76) Aus diesem Grunde kann auch in Ansehung der sogenannten Commis-Waaren, worunter man Waaren versteht, die dem Schuldner nicht geborgt, sondern blos zum Verkauf sind übergeben worden, und wovon das Eigenthum dem Committenten verbleibt. *L.* 5. §. 18. *D. de tribut. actior. Ioh. Christoph* KOCH de mercibus in commissionem datis. Giess. 1747. — imgleichen der noch vorhandenen Gelder, welche dem Schuldner, um etwas damit einzukaufen, oder ein anderes Geschäft damit im Namen des Mandanten zu übernehmen, sind gegeben worden, das Vindications-Recht ausgeübt werden. Gleichermaßen muß demjenigen das Vindications-Recht zugestanden werden, welcher dem Schuldner eine Sache zu vertrödeln übergeben hat, indem nach der richtigeren Meinung nicht das Eigenthum der zu vertrödeln gegebenen Sache auf dem Trödler übergeht, sondern solches bey dem vorigen Herrn so lange verbleibt, bis der Trödler den Anschlagsmäßigen Werth geleistet hat. Siehe *Ioh. Henr.* STUHLMANN D. de dominio per contractum aestimatorium ante solutionem pretii in accipientem non translato *Goetting.* 1770.

77) *Christ. Ferdinand* HARPRECHT D. de Iure contractus vitalitii in concursu creditorum. Tübing. 1754.

78) *L.* 1. 2. *D. de lege commissor. L.* 19. *D. de Usurpat. L.* 8. *D. de lege commissor. L.* 4. *C. de pact. inter emtor. et venditor. L.* 41. *D. de Rei vindicat.*

79) *L.* 5. 6. §. 1. *D. de lege commissor.*

80) *L.* 8. *D. de lege Commissor. L.* 4. *C. de pact. inter emt. et vendit.* WERNHER in Observ. forens. *P.* 7. *Obs.* 228. LEYSER Meditat. ad Pandect. *Sp.* 197. *Med.* 7.

81) §. 41. *I. de rer. divis. L.* 19. *D. de contrah. emt. vendit.*

82) Der Schuldner oder vielmehr der Contradictor, der dem Verkäufer, wenn er die Sache vindicirt, die Creditgebung entgegensetzt, ist daher solche in der Regel zu beweisen verbun-

funden. BERGER in oeconom. Iuris. *pag.* 183. STRYCK in Disp. de fide habita *C.* 4. *n.* 2. *Vol.* 3. Disp. Francof. *D.* 19. *Hieron. Frid.* SCHORCH de eo quod justum est circa venditionem, fide de pretio habita. *Erford.* 1744.

83) §. 2. *I. de emt. vendit.* L. 1. §. 1. *D. de contrah. emt. vendit.*

84) Dahin gehört 1) der Fall, wo der Käufer einen Theil des Kaufgeldes bezahlt, und der Verkäufer ihm dagegen die Sache hat verabfolgen lassen, oder sich doch damit zufrieden bezeigt hat, indem hier die größte Vermuthung vorhanden ist, daß er in Ansehung des Restes creditirt habe. *Iust. Henn.* BOEHMER Consultat. et Decision. T. 2. P. 1. Resp. 336. nr. 9. wegen dieser Vermuthung giebt daher Schilter in Exercitat. ad D. Ex. 30. §. 75. dem Verkäufer die Vorsicht an die Hand, bey solcher abschläglichen Zahlung öffentlich zu protestiren, daß er vor dem Abtrag des ganzen Kaufpretiums, das Eigenthum der verkauften Sache nicht auf den Käufer übertragen haben wolle. 2) Wenn der Verkäufer wegen des zu bezahlenden Kaufgeldes einen Bürgen annimmt, oder sich an der verkauften Sache ein Unterpfands-Recht vorbehält. *L.* 53. *D. de contrah. emt. vendit.* Ja! jeder auch nur der geringste dem Käufer in Entrichtung der Kaufsumme gegebener Aufschub, noch mehr aber die Anberahmung gewisser Zahlungszieler ist als eine Creditgebung zu betrachten. 3) Wenn der Verkäufer einem ihm bekannten Menschen, und dem er sonst immer zu creditiren gewohnt war, auf seine bloße Abforderung Waaren, oder andere Sachen hat verabfolgen lassen, welcher Grundsatz bey Kaufleuten, die sich wechselseitig Waaren zuzusenden, und hernach mit einander abzurechnen pflegen, gar keinem Zweifel unterworfen ist. *Ulric.* HUBER Praelectiones ad Pandect. L. 18. T. I. §. 12. STRYCK Usus Modern. Pandectar. L. 18. T. 1. §. 13. Siehe auch *Petr. Henricus* WIDOW D. de dominio mercium intervenientibus litteris recognitionis transmissarum moto concursu creditoribus cedente. *Erford.* 1759. So gehört auch endlich 4) noch hieher der Fall, wo sich der Verkäufer Zinsen von dem Kaufgelde hat versprechen lassen. arg. *L.* 40. *D. de R. C. L.* 5. *C. de pact. inter emtor. et vendit.* Läßt sich also gleich eine stillschweigende Creditgebung be-

haupten, wenn hinlängliche Gründe solche anzunehmen vorhanden sind, so kann ich doch keinesweges dem Mevius beypflichten, welcher *P. IV. Decis.* 206. und *Decis.* 280. *nr.* 3. behauptet, daß eine solche Creditgebung auch daraus zu schließen sey, wenn der Verkäufer einer ihm unbekannten Person vor Entrichtung des Kaufpretiums die Sachen verabfolgen läßt. Denn einmal widerspricht diese Vermuthung der gesunden Vernunft sowol, als der Natur des Kauf-Contracts, und muß solches vielmehr wie eine Unachtsamkeit, oder Unvorsichtigkeit des Verkäufers, als wie eine stillschweigende Creditgebung angesehen werden. Zudem that ja auch der Verkäufer weiter nichts, als daß er auf seiner Seite die ihm obliegende Verbindlichkeit erfüllte, in der Erwartung, daß nun auch der Käufer dagegen die seinige erfüllen werde.

§. 21.

Fortsetzung.

Ferner 2) gehören zu den Vindicanten beym Concurse alle diejenigen, deren Sachen zwar mit Eigenthumsbegebung auf den Schuldner gekommen sind, welche aber ungültig, und ihnen mithin das Eigenthum verblieben ist. Aus diesem Grunde ist A) der Verkäufer ein Vindicant beym Concurse des Schuldners, welchem er zwar Credit gegeben hat, aber zu dieser Creditgebung von demselben betrüglicherweise ist verleitet worden [85]). Denn geht gleich das Eigenthum einer verkauften und übergebenen Sache, wobey der Verkäufer Credit gegeben hat, nach *L.* 19. *D. de contrah. emtion. vendit.* eben so gut auf den Käufer über, als wenn sie baar wäre bezahlt worden, so trügt doch dieser Satz alsdann, wenn der Käufer dem Verkäufer betrüglicherweise zum Creditgeben vermocht hat, indem nun die Creditgebung als nicht geschehen, und der Käufer wie ein solcher betrachtet werden muß, der einem andern seine Sache entwendet hat. Denn ist hier gleich kein Betrug im Wesentlichen des Kauf-Contracts vorhanden, so ist doch der Verkäufer dadurch zum Creditgeben bewogen worden, ohne welcher, oder ohne geleistete Bezahlung, oder

son-

sonstige Genugthuung, das Eigenthum der verkauften Sache, nach der Natur des Kauf-Contracts, nicht auf den Käufer übergehen konnte, und welcher nun bewirkt, daß die Creditgebung als nicht geschehen, mithin auch die Wirkungen derselben als nicht eingetreten angesehen werden müssen. Zwar fehlt es an einem deutlichen Gesetze, welches in Ansehung des Kauf-Contracts diesen aus der Natur der Sache fließenden Grundsatz noch zum Ueberfluß bestätigte, allein nicht so an gesetzlicher Analogie, wodurch sich ebenfalls, wenn sie richtig ist, eine rechtliche Behauptung bekräftigen läßt. Der Rechtsgelehrte Pomponius trägt im *L. 3. D. de pignerat. action.* einen Fall vor, den er entscheidet, und aus dessen Entscheidung, so heterogen er auch ist, immer ein richtiges Argument zur Vertheidigung meiner oben geführten Behauptung, der auch nach dem Zeugniß der angesehensten Rechtslehrer der Gerichtsbrauch zur Seite steht [86]), hergenommen werden kann. Ich will zuerst das Gesetz selbst reden lassen, und hernach ganz kurz darüber commentiren. Si quasi (heißt es daselbst) recepturus a debitore tuo cominus pecuniam, reddidisti ei pignus, isque per feneſtram id misit, excepturo eo quem de industria ad id posuerit, Labeo ait, forti te agere cum debitore posse, et ad exhibendum, ut si agente (te) contraria pigneratia, excipiat debitor de pignore sibi reddito, replicabitur de dolo, et fraude, per quam nec redditum, sed per fallaciam ablatum id intelligitur. Das Gesetz setzt, wie Herr G. J. R. Westphal [87]) erinnert, voraus, daß der Gläubiger, welcher das Pfand zurückgiebt, und solches völlig dem Schuldner zu sich und in sein Verwahrsam nehmen läßt, und dabey auf die Ehrlichkeit des Schuldners, daß dieser ihm gewiß das schuldige Geld zahlen werde, rechnet, sein Pfandrecht verliehre. In dem Gesetze wird nun aber ein Gläubiger vorgestellt, der dem Schuldner sein Pfand einhändigte, in der Erwartung, von ihm die Bezahlung

zu erhalten, solche aber nicht bekam, der Schuldner hingegen die ihm zurückgegebene verpfändete Sache zum Fenster herunterwarf, und sie von einer dazu bestellten Person auffangen ließ. Labeo erklärt die Uebergabe des Pfandes nicht nur für nicht geschehen, sondern gestattet auch dem Gläubiger die actio furti gegen den Schuldner, — und warum? Ihm war ja doch das Pfand zurückgegeben, und der Gläubiger trauete ihm wegen der Bezahlung? — der Entscheidungsgrund liegt in dem Gesetz aus der Darstellung des Factums klar am Tage. Darum weil der Schuldner betrügerischerweise den Gläubiger zu der Zurückgabe des Pfands vermocht hatte, indem er sich stellte sogleich Bezahlung leisten zu wollen (si quasi recepturus a debitore tuo cominus pecuniam), und der Gläubiger, wenn er solches hätte vermuthen können, das Pfand nicht zurückgegeben haben würde. Wegen des Betrugs, den der Schuldner begangen hatte allein, werden hier Wirkungen für ungültig erklärt, die sonst den Rechten nach eingetreten seyn würden, und wird es auf Seiten des Schuldners so angesehen, als wenn er nicht das Pfand von dem Gläubiger zurückerhalten, sondern solches demselben vielmehr entwendet hätte. Replicabitur (heißt es) de dolo et fraude, per quam nec redditum, sed per fallaciam ablatum id intelligitur. Läßt sich die Entscheidung dieses Gesetzes nicht auch füglich auf den Verkäufer anwenden, der durch den Betrug des Schuldners zum Creditgeben verleitet wurde, da ein gleicher Grund vorhanden ist, und müssen nicht hinfolglich auch die Wirkungen, die sonst die Creditgebung hervorbringt, als nicht erfolgt angenommen, mithin dem Verkäufer die Vindication der verkauften, und übergebenen Sache gestattet werden? Mir wenigstens ist die Analogie zwischen jenen in dem Gesetz enthaltenen, und in dem vorliegenden Fall so einleuchtend, daß ich ganz für die Anwendung derselben zu stimmen kein Bedenken trage, — um so weniger Bedenken trage,

wenn

wenn ich mich an der Rechtsregel — dolus nemini prodesse debet — erinnere, die zwar nur eigentlich hier den Schuldner trifft, aber bey einem entstehenden Concurse über dessen Vermögen auch zugleich die Gläubiger als Repräsentanten desselben treffen muß, die sonst aus seinen betrügerischen Handlungen Vortheil ziehen würden.

Muß also gleich dem Verkäufer unter den oben angegebenen Umständen, das Vindications-Recht verstattet werden, wenn über das Vermögen des betrügerischen Käufers ein Concurs entsteht, so ist doch dasselbe allemal mit sehr vielen Schwierigkeiten verknüpft, da er nach dem allgemeinen Grundsatz — dolus non praesumitur, und nach der Lehre des Ulpians in *L.* 18. *§.* 1. *D. de probat.*: qui *dolo* dicit *factum aliquid*, licet in exceptione, docere dolum admissum debet, den Betrug des Schuldners beweisen muß, indem nur dieser allein den Grund angiebt, warum er die verkaufte, und eigenthümlich auf denselben übertragene Sache zurückzufordern berechtiget ist. — Und bedarf es gleich nach der Meinung der bewährtesten Rechtslehrer, um einen vorhandenen Betrug darzuthun, nicht immer eines strengen Beweises, sondern sind auch gegründete Anzeigen dazu hinreichend, so läßt sich doch so wenig mit Berger [88]) behaupten, daß sich der Betrug des Schuldners dadurch schon von selbst ergebe, wenn er sogleich nach abgeschlossenen Kauf-Contract, oder doch bald hernach Zahlung zu leisten aufgehöret hat, oder entflohen ist; als überhaupt in dem vorliegenden Fall dem Verkäufer Vermuthungen zu statten kommen können. Denn alles kommt hier darauf an, daß der Schuldner durch geflissentliche Verheimlichung seines wahren Zustandes, den sonst der Verkäufer gewiß in Erfahrung gebracht haben würde, oder falschen Vorspiegelungen den Verkäufer zum Creditgeben verleitet hat [89]).

Aus dem zu Anfang dieses §. aufgestellten Grundsatz steht auch B) allen denjenigen das Vindicationsrecht

zu,

zu, mit deren Sachen eine von den Gesetzen ungültig erklärte Veräußerung vorgegangen ist, und die sich gegenwärtig unter dem Vermögen des in Concurs verfallenen Schuldners befinden, z. B. Pupillen, deren unbewegliche Güter der Vormund ohne obrigkeitlichem Decret veräußert hat, Kirchen und Städte wegen ihrer ohne Beobachtung der gesetzlichen Erfordernisse veräußerten Güter, und a. d. m. [9]).

85) *Iac. Frid.* LUDOVICI in der D. de dominio ex contractu doloso non translato. §. 24. HARPRECHT de rerum, decoctori vel decoctionis candidato venditarum, vindicatione *Tubing.* 1714. *Ioh. Gottfr.* BAUER de vindicatione rei venditae, et traditae in seinen Opuscul. Accademic. T. I. p. 274. Adolph Dieterich Webers Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden S. 95 — 101.

86) *Sam.* DE COCCEII in Iure Controvers. *Tit. de dolo malo.* Qu. 5. der vom Herrn Professor Emminghaus besorgten Ausgabe *T.* 1 *pag.* 365.

87) In dem Versuch einer systematischen Erläuterung sämmtlicher Römischen Gesetze vom Pfandrecht S. 350.

88) in Oeconom. Iuris p. 183. Eben dieser Meinung sind auch von den neueren Rechtslehrern Gmelin in der Ordnung der Gläubiger Cap. 1. §. 10. S. 51. und Herr Hofrath Schmidt in der Abhandlung von geistlichen, und weltlichen Separatisten 2 Th. §. 48. zugethan. Der in der Not. 85) angeführte Bauer bemüht sich sogar pag. 475. die so schwankenden Ausdrücke — sogleich — bald hernach näher zu bestimmen, welche aber meiner Meinung nach sehr seichte gerathen ist, und auch bey einem unrichtigen Gesichtspunct nicht anders gerathen konnte.

89) War also der Zustand des Schuldners Stadt- und Landkundig, so hat es sich der Verkäufer selbst beyzumessen, wenn er ihm Credit giebt, und nun in Schaden kommt. Sonst bin ich der Meinung, daß wenn der Zustand des Schuldners nicht bekannt ist, er auch denselben nicht betrü-

trügerischerweise verheimlichet hat, und ihm nun Credit gegeben worden, der Verkäufer nicht das Vindicationsrecht ausüben könne. Denn einmal verordnen die Gesetze, daß sich jeder Contrahent nach den Umständen des andern erkundigen soll, und dann zweytens kann man es dem Schuldner nicht ansinnen, daß er jeden mit seinen Zustand bekannt machen müsse, mithin kommt ihm hier die Verordnung des *L.* 55. *D. de reg. Iur.* — Nullus videtur *dolo* facere, qui jure suo utitur — zu statten. Dagegen bin ich aber auch wiederum davon überzeugt, daß wenn der Schuldner den Verkäufer zum Creditgeben betrüglich verleitet hat, nichts darauf ankomme, ob er dabey die Absicht hatte die creditirten Sachen zu verschleudern, oder dazu anzuwenden, um sich wo möglich aufzuhelfen, indem dieser Neben-Umstand nichts releviren kann; obgleich andere das Gegentheil behaupten. Siehe WIDOW a. a. O. §. VIII.

90) S. *Anton* A MARA *l. c. L.* 1. *T.* 1. *§.* 60 *seq.*

§. 22.

Fortsetzung.

Unter den Vindicanten nehmen auch 3) die Ehefrau bey entstandenem Concurse über das Vermögen ihres Mannes, wegen des Brautschatzes, des übrigen Eingebrachten, und sonst ihr zugehörigen Vermögens [91]), imgleichen 4) die Kinder beym Concurse ihres Vaters, wegen ihres militarischen, und adventizischen Sonderguts, ihren Platz ein [92]). Deutlich besagt dies, was die Ehefrau anbetrifft, der *L.* 1. *C. de privileg. fisci*, ein Rescript des Kaisers Antonius, wo ihr das Vindications-Recht ihrer Sachen selbst gegen den Fiscus, wenn dieser die Güter ihres Mannes in Beschlag genommen hat, gestattet wird. Bona (heißt es daselbst) mariti tui, si ob reliqua administrationis a fisco occupata sunt, *res quas tuas esse liquido probaveris*, ab aliis separatae tibi *restituantur*. Die Gläubiger des Mannes können nur aus dessen Gütern, nicht aus dem Brautschatz, oder übrigen Vermögen der Frau befriediget werden. Oportebat enim, (sagt Justinian im *L.* 12. *pr. C. qui potior.*

potior. in pignor.) disponi, maritos creditoribus suis ex *sua substantia* satisfacere non de dote mulieris, welcher überhaupt die weiblichen Gerechtsame so ansehnlich vermehrte. Auch in Ansehung der Kinder fehlt es nicht an Gesetzen, die ihnen das Vindications-Recht gestatten, das militarische Peculium möge ein castrensisches oder quasicastrensisches, und das adventizische ein reguläres, oder irreguläres seyn [93]). Gleichermaßen kann 5) der Erbe, sowol in Ansehung der ganzen Erbschaft, als einzelner Stücke derselben, welche der Schuldner besitzt, und woran ihm das Erbrecht zuständig ist, das Vindications-Recht ausüben. Denn die Erbschaft wird vom nothwendigen Erben schon ohne alle Antretung unmittelbar nach gesetzlicher Verordnung erworben [94]), hingegen bey nicht nothwendigen, oder freywilligen Erben geschieht solches durch die Antretung der Erbschaft, nemlich dadurch, daß sich der Erbe erklärt, die ihm anheimgefallene Erbschaft übernehmen, und sich zueignen zu wollen [95]). Daß er auch davon den Besitz ergreife, ist zum Erwerb der Erbschaft nicht nöthig, mithin auch nicht zur Begründung des Vindications-Rechts [96]). Sed haeres lehrt **Callistratus** im *L.* 50. §. 1. *D. de rei vindicat.* de eo quod hereditati obvenerit, recte aget, *etiamsi possessionem ejus adhuc non habuerit.*

Endlich 6) haben auch alle andere, welche an einer bey dem Gemeinschuldner sich befindenden Sache das Eigenthum darthun können, das Vindications-Recht, es möge solches ein noch nicht verlohrnes [97]) oder allererst neu-erworbenes Eigenthum seyn [98]). Mir genügt es hier der vorzüglichsten Vindicanten Erwähnung gethan zu haben, bey welchen ich schon ohnehin mehr denn zu weitläuftig geworden zu seyn befürchten würde, wenn ich nicht zugleich auf Gemeinnützigkeit Rücksicht nehmen müßte.

91) Dahin gehört z. B. was die Ehefrau während der Ehe von dem Vermögen des Mannes abgesondert erworben hat, z. B. was sie geerbt hat, imgleichen die ihr besonders gemachten Brautgeschenke, oder die Hälfte von den, beiden Ehegatten gemachten Brautgeschenken.

92) Nicht wegen des profectizischen Sonderguths, das nach §. 1. *I. per quas pers. cuiq. acquir.* sich in dem Eigenthum des Vaters und hier des Schuldners befindet, es wäre denn, daß der Vater solches auf das Kind übertragen hätte.

93) *L.* 1. 3. 6. 7. *L.* 8. *§.* 3. *C. de bon. quae liber.*

94) *§.* 3. *I. de heredit. quae ab intest.*

95) *§. ult. I. de heredit. quae ab intest.* *L.* 20. *pr. §.* 1. und *L.* 21. *§.* 2. *D. de acquirend. vel omitt. heredit.*

96) *§.* 2. *I. de action.*

97) z. B. Derjenige, dessen gestohlene, oder sonst entwendete Sachen der Gemeinschuldner besitzt. *§. final. I. de Obligat. quae ex delict.*

98) Siehe Gmelin Ordnung der Gläubiger §. 13.

§. 23.

2) Wenn das Vindications-Recht statt findet.

Das Vindications-Recht kann beym Concurse der Gläubiger, nicht immer, sondern nur alsdann in Ausübung gebracht werden, wenn 1) die Sache, welche ein Gegenstand desselben ist, sich noch in Natur bey dem Schuldner befindet [99]) und gegenwärtig mit unter dem Vermögen desselben, von den Gläubigern besessen wird, und 2) sie so beschaffen ist, daß dem vorigen Eigenthümer davon noch das Eigenthum zustehen kann. Hat also der Schuldner damit eine Handlung vorgenommen, welche bewirkt, daß das Eigenthum der fremden Sache nach gesetzlicher Vorschrift auf ihn übergeht, und er dem

bisherigen Eigenthümer blos zur Schadloshaltung verbunden bleibt [100]), so kann alsdann auch nicht mehr das Vindications-Recht statt haben, weil nunmehr sein Eigenthum verlohren ist, sondern der sonstige Vindicant muß sich wegen seiner Schadloshaltung an dem Vermögen des Schuldners selbst halten, und mit den eigentlichen Concurs-Gläubigern wegen seiner Befriedigung streiten.

99) *L.* 9. und 36. *pr. D. de rei vindicat. Wolffg. Ad.* LAUTERBACH. Colleg. theoret. pract. Tit. *de Rebus auctoritate Iudicis possidend.* §. 14.

100) Hieher gehören die Fälle, wo der Schuldner eine fremde Sache durch die Specification, Confusion, Commixtion u. s. f. erwirbt. Siehe HOFFACKER princ. Iuris Civilis. T. 2. P. 1. §. 935. ff.

§. 24.

3) Welche Verbindlichkeiten dem Vindicanten bey der Ausübung seines Vindications-Rechts obliegen.

Ein Vindicant, wenn er das ihm nach den Gesetzen zuständige Vindications-Recht beym Concurse der Gläubiger in Ausübung bringen will, ist 1) zu beweisen nicht allein verbunden, daß ihm das Eigenthum an der Sache, welche er zum Gegenstand seines Vindications-Rechts macht, zustehe [1]), sondern auch daß dieselbe sich noch unter dem Vermögen des Schuldners befinde [2]). Ohne diese Puncte erwiesen zu haben, wird er nicht zur Ausübung des Vindications-Rechts zugelassen [3]). Was insbesondere den Beweis des, dem Vindicanten, an der Sache, welche er zurückfordert, zuständigen Eigenthums-Rechts anbetrifft, so muß dieser strenge und bündig geführt werden [4]), indem es hier nach den allgemeinen Grundsätzen der Reivindication geht, und im zweifelhaften Fall immer vermuthet wird, daß die Sache

che demjenigen, welcher sie besitzt, zugehöre [5]), weil ein jeder Besitzer den Besitz auf eine rechtsbeständige Art erlangt zu haben, und die Sache rechtmäßig zu besitzen die Vermuthung für sich hat [6]), so daß der Richter bey obwaltenden Zweifel, und wenn der Kläger, der sie in Anspruch nimmt, sein Recht an der Sache nicht hinlänglich darzuthun im Stande seyn sollte [7]), immer vor den Besitzer zu sprechen schuldig ist [8]). Aus Gunsten gegen die Ehesteuer jedoch, haben die Gesetze der Ehefrau, bey der Zurückforderung ihres Brautschatzes, sehr vieles von den sonstigen Schwierigkeiten des Beweises erlassen [9]), welche Begünstigung ihr auch alsdann gestattet werden muß, wenn sie beym Concurse über das Vermögen ihres Mannes denselben aus der Concurs-Masse abfordert [10]), nicht aber auf das übrige Eingebrachte der Frau, und deren sonstiges Vermögen ausgedehnt werden darf [11]); sondern in Ansehung desselben treten die allgemeinen Grundsätze der Reivindication, und des dabey zu führenden Beweises um so mehr ein, als nach rechtlicher Vermuthung in den mehresten Fällen die Güter, welche der Ehemann unter sich hat, für sein Eigenthum, und nicht der Ehefrau gehalten werden müssen [12]).

1) *L. ult. C. de Rei Vindicat.*

2) *L. 9. D. de rei vindicat.*

3) Gmelin Ordnung der Gläubiger Cap. 1. §. 15.

4) Daß sich übrigens dieser Beweis des Eigenthums nach der von dem Kläger angebrachten Klage richtet, bedarf keiner Erinnerung.

5) SCHAUMBURG in princip. prax. Iuridic. Iudiciar. *L.* 2. *C.* 8. §. 8. not. **). WERNHER *T. III. P. II. Obs.* 392.

6) *L. 2. C. de Probat. §. 4. I. de Interdict.*

7) *L. ult C. de Rei vindicat.*

8) *L.* 125. *L.* 128. *D. pr. de regulis. Iuris* WERNHER *P.* 6. *Obſ.* 278.

9) arg. *L.* 51. *D. de donat. inter V. et V. Iac. Fried.* LUDOVICI de probatione illationis dotis. Hal. 1711.

10) Daß das Bekenntniß des Mannes hier der Ehefrau im mindeſten nicht zu ſtatten kommen könne, wird außer anderen Rechtslehrern von LEYSER in Medit. ad D. *Spec.* 320. *Med.* 1. 2. 3. behauptet. Allein dieſe Behauptung läßt ſich nicht allgemein annehmen, ſondern es kommt alles dabey auf die Zeitumſtände an, unter welchen das Bekenntniß des Ehemannes der Frau ausgeſtellt war, und ob nach denſelben dieſes Zeugniß als verdächtig angeſehen werden kann. S. *Io. Erneſt. Iuſt.* MÜLLER Obſervation. practic. ad Leyſeri Meditat. ad Pandect. Obſ. 578.

11) *L.* 1. *C. de privil. fiſci. Anton* A MARA in traetr. de Concurſu Credit. *L. I. P. I. §.* 88.

12) *L.* 6. *C. de donat. inter V. et V.* Siehe jedoch *I. F.* EISENHART D. de regula Iuris: quod in dubio omnia bona, mariti praeſumenda ſint? caute adhibenda. *Helmſt.* 1771.

§. 25.

Fortſetzung.

Zu den Verbindlichkeiten, welche dem Vindicanten nach den Geſetzen obliegen, gehört auch 2) noch dieſe, daß er alle von dem Schuldner auf ſeine Sache verwandte nothwendige und nützliche Unkoſten, nach den allgemeinen Grundſätzen, die von der Erſtattung der Unkoſten bey der Reivindication gelten, den Concurs-Gläubigern erſetzen muß [13]), und wenn die Sache dem Schuldner verpfändet ſeyn ſollte, zuvörderſt das darauf geborgte Capital, und deſſen Zubehör an die Gläubiger abzuführen ſchuldig

iſt

ist [14]). So lange dies von ihm noch nicht geschehen ist, steht den Gläubigern an der Sache, welche er vindicirt, das Retentions-Recht zu, und zwar im ersten Fall vermöge der allgemeinen Grundsätze, die vom Retentions-Recht gelten [15]), im letzteren Fall hingegen wegen des auf der Sache haftenden Pfandrechts [16]). Sollte mit der Sache, welche ein Gegenstand des Vindications-Rechts ist, eine eigene Sache des Schuldners dergestalt verbunden seyn, daß davon dem Vindicanten nach gesetzlicher Vorschrift das Eigenthum erworben würde; so kann er auch diese zwar ebenfalls mit abfordern, ist jedoch den Werth derselben, vor der wirklichen Verabreichung den Gläubigern zu erstatten schuldig.

13) arg. *L.* 8. *D. depos.* **L.** 19. *§.* 2. *D. ad. SCt. Trebell.*

14) *L.* 13. *D. de pignerat. action.*

15) arg. *§.* 30. *I. de rer. division.* **L.** 7. *§.* 12. **L.** 9. *§.* 1. *D. de acquir. rer. domin.* L. 27. *§.* 5. L. 48. *D. de rei vindicat.*

16) **L.** 8. *pr.* **L.** 31. *D. de pignerat. action:* Versuch einer systematischen Darstellung des Retentions-Rechts. §. 19.

§. 26.

4) Von den Wirkungen, welche das Vindications-Recht hervorbringt.

Ich gehe nach Vorauffendung dieser Grundsätze nunmehr endlich zu den Wirkungen über, welche das bey entstandenem Concurse in Ausübung gebrachte Vindications-Recht mit sich bringt, welche von nicht geringer Wichtigkeit sind. Sie bestehen kurz darin: daß dem Vindicanten, wenn er die ihm obliegenden oben ausgeführten Verbindlichkeiten erfüllt hat, nicht nur seine eigenthümliche Sache mit allem Zubehör und

Früchten [17]), sondern auch die damit verbundene Sache des Schuldners, sogleich verabfolget werden muß [18]), und er sich so wenig in den Concurs-Proceß einzulassen [19]), als das Ende des Concurs-Wesens abzuwarten nöthig hat. Er kann auch nicht, zu den Concurs-Kosten etwas beyzutragen, angehalten werden. Jedoch giebt es Rechtslehrer, welche behaupten, daß der Vindicant alsdann zu einem Beytrag zu den Concurs-Kosten angehalten werden müsse, wenn er sein Eigenthum nicht sogleich darzuthun im Stande gewesen ist, oder den Gläubigern das Retentions-Recht zuständig war, in welchen Fällen er sich nicht allein in den Concurs-Proceß einzulassen, sondern auch an den Concurs-Kosten seinen Antheil tragen müsse [20]). Allein diese Behauptung ist offenbar ungegründet, und läßt sich durch keine rechtliche Gründe vertheidigen. Denn einmahl steht ja diese Angelegenheit als eine Vindications-Sache, mit dem Concurs-Wesen, und dem Concurs-Proceß nicht in der mindesten Verbindung, indem beides die Befriedigung der Gläubiger, und zwar nach dem Vorzug ihrer Anforderungen zum Gegenstande hat, der Vindicant aber blos nur seine eigenthümliche Sache fordert. Was soll ihm aber in dieser Qualität die Einmischung in den Concurs-Proceß nützen, worinn die Gläubiger mit dem Contradictor wegen der Richtigkeit ihrer Ansprüche, und dann unter sich wegen der Priorität, und dem Vorzug ihrer Forderungen streiten. Dann zweytens paßt auch der Grund, woraus die Verbindlichkeit der Gläubiger zum Ersatz der Concurs-Kosten abgeleitet wird, und worüber ich unten in dem Hauptstück von den Concurs-Kosten weitläuftiger seyn werde, im mindesten nicht auf den Vindicanten, und ein anderer Grund kann zu dieser Verbindlichkeit nicht angenommen werden. Mich befriedigt auch im mindesten die Distinction nicht, wodurch Nettelbladt in der D. de sumtibus Concur-

cursus Creditorum *Cap.* II. §. XIII. jene Behauptung näher zu bestimmen gesucht hat. Ich will ihn zur mehreren Deutlichkeit selbst reden lassen. Quod attinet dominum (sagt er) rem suam vindicantem, in decidenda quaestione, an ex bonis suis aliquid conferre debeat ad sumtus concursus, ante omnia distinguendum est, an dominium sit in continenti liquidum, an vero non. In priori casu iterum distinguendum est, an concursui competat ius retentionis, an vero non. Si dominium in continenti liquidum est, nec competit concursui ius retentionis, sine dubio domino nihil nomine sumptuum in concursum factorum, deduci potest, licet restituere debeat sumtus, qui spectant ad ipsius speciei debitae conservationem. Si vero dominium vindicantis liquido quidem apparet, ast competit tamen concursui ius retentionis, me quidem iudice ab omni contributione ad sumtus concursus dominus immunis non est, ast tamen non nisi ii sumtus oeconomici, quos res sua causavit, ei deduci possunt, cum sumtus oeconomici reliqui et sumtus processus concursus creditorum eum, suamque rem, nullo modo concernant. Progredior ad alterum casum, si nimirum ipsum dominium est illiquidum. In hoc casu, cum non esse, et non apparere idem sit, dominus res suas vindicans omnino concursui se immiscere debet, ut veri creditores, sicque eodem cum iis utitur iure, et idem obtinet, quod de creditorum obligatione solvendi sumtus concursus ex suis bonis infra §. 14. dicetur. Nettelbladt unterscheidet hier zwey Fälle, nemlich den, wo das Eigenthum des Vindicanten sogleich liquid gemacht werden kann, und den, wo dies nicht der Fall ist. Im ersten Fall will er den Vindicanten nicht zu dem mindesten Beytrag zu den Concurs-Kosten angehalten wissen, verurtheilt ihn jedoch auf dem Fall, wenn die Gläubiger das Retentions-Recht ausgeübt haben, zum Er-

satz der ökonomischen Kosten, die seine Sache verursacht hat. In dem letzteren Fall hingegen will er ihn den Concurs-Gläubigern völlig gleich gestellt, und in Rücksicht auf die Kosten des Concurses nach gleichen Rechten mit diesen beurtheilt wissen. So ausgemacht richtig diese Bestimmung in dem ersten Fall ist, so sehr trügt sie in dem letzteren. Denn wie ist es möglich, daß dies, daß der Vindicant sein Eigenthum nicht sogleich liquid zu machen im Stande ist, für ihn die Verbindlichkeit bewirken kann, sich in den Concurs-Proceß, und in Angelegenheiten mit einzumischen, die ihn gar nichts bekümmern, und an Kosten Theil zu nehmen, die so wenig seinen Vortheil betreffen, als ihm auch überhaupt nur im mindesten angehen können. Es muß vielmehr in solchem Fall sowol der Rechtsstreit, der wegen dieser Vindications-Sache zwischen den Vindicanten, und dem Contradictor geführt wird, besonders verhandelt, als auch das, was die Erhaltung der Sache kostet, und was sonst darauf verwandt worden, und dessen Restitution gefordert werden kann, insbesondere verrechnet werden; und nun kommt bey der Restitution der Sache alles darauf an, in wie ferne der Vindicant nach den Grundsätzen von der Reivindication überhaupt, sowol zum Ersatz der Proceß- als anderen Kosten angehalten werden kann. Ich glaube diese meine Behauptung ist aus so richtigen Grundsätzen abgezogen, daß ich keiner weiteren Gründe zu ihrer Unterstützung bedarf, sondern die Sache selbst reden lassen kann.

17) *L.* 23. §. 4. *D. de Rei vindic.* SCHAUMBURG *l. c.* *L.* 2. *C.* 8. §. 7.

18) §. 19. 20. 21. und 35. *D. de rer. divis.* L. 9. *D. de Rei vindicat.* L. 1. *C. de privileg. fisci.* *Anton* AMARA in tr. de concursu Credit. *L. I. T. I.* §. 1. *Sam.*

DE

DE COCCEII in Iure controv. *L.* 42. *T.* 5. *Qu.* 16. §. 24.

19) LEYSER in D. de Creditore concurſui Creditor. non immiſcend. O. 2. §. 1.

20) LEYSER Medit. ad *D. Spec.* 479. *Medit.* 1. und 2. *Gothofred.* BARTH. in Hodoget. forenſ. *C.* 3. §. 23. *pag.* 666. Gmelin Ordnung der Gläubiger Cap. 1. §. 18. Struben rechtl. Bedenk. 1 Th. 3. nr. 33.

§. 27.

Plan der Abhandlung.

Ich beſchließe dieſe Einleitung, die meiner Einſicht nach nichts mehr, und auch nichts weniger enthält, als was in einer Einleitung gehört, und gehe zur Behandlung der einzelnen theoretiſchen Wahrheiten über, welche die ſo wichtige als practiſche Lehre vom Concurs der Gläubiger, wovon Benedict Carpzov [21]) mit Recht ſchreibt: nullam difficiliorem materiam in foro ventilari, in ſich begreift. Dieſe laſſen ſich nicht beſſer darſtellen, als wenn man ſie unter gewiſſen allgemeinen Rubriken zuſammenfaßt, daher ich das Ganze in folgende zehn Hauptſtücke abgetheilet habe, als:

1) Von den Wirkungen, welche der Concurs der Gläubiger hervorbringt.

2) Von dem Concurs-Gerichte (forum in concurſu creditorum competens).

3) Von den zum Nachtheil ſeiner Gläubiger von dem Gemeinſchuldner in Hinſicht auf ſein Vermögen vorgenommenen Diſpoſitionen, und was dabey Rechtens iſt.

4) Von dem Compensations- und Retentions-Recht beym Concurse der Gläubiger.

5) Von der Präclusion und deren Wirkung beym Concurse.

6) Von dem Vorzugsrecht der Gläubiger, und der Ordnung, in welcher sie bey einem entstandenen Concurse zu befriedigen sind.

7) Von der Successsion der Gläubiger.

8) Von den Nachlaß-Verträgen.

9) Von dem Absonderungs-Recht, und endlich

10) Von den Concurs-Kosten.

21) *in Decision. Decis. 54. nr. 1.*

Erstes Hauptstück.

Von den Wirkungen, welche der Concurs der Gläubiger hervorbringt.

§. 28.

Einleitung,

worin gezeigt wird, daß diese Wirkungen in einer dreyfachen Rücksicht betrachtet werden müssen.

Der Concurs der Gläubiger bringt mancherley rechtliche Wirkungen hervor, mit welchen, in der Abhandlung der einzelnen theoretischen Wahrheiten dieser Lehre, billig der Anfang gemacht werden muß. So wichtig selbige auch sind, so ist mir doch kein Rechtslehrer bekannt, der sie nach einem richtigen Plan, und in ihrem vollen Umfange darzustellen bemühet gewesen wäre, sondern blos einzelne abgerissene Sätze, oder eine kurze Darstellung einzelner hieher gehörigen Wirkungen ist alles, was man davon bey den Rechtslehrern in ihren hieher gehörigen Schriften antrifft. Denn die Abhandlung des Herrn Professor Walter Vincent Wiese: Von den Rechten und Verbindlichkeiten der Gläubiger sowol unter sich, als auch gegen den gemeinschaftlichen Schuldner bey einem gemeinschaftlichen Betrieb ihrer Angelegenheiten, welche sich in der Sammlung seiner juristischen Abhandlungen Rostock, und Leipzig 1783. Nr. 3. befindet, enthält blos das Verhältniß des Schuldners und der Gläubiger gegen einander, und der Gläubiger unter sich, und stellt auch dieses, ihres viel versprechenden Titels ohnerachtet, nicht einmahl gründlich dar. — Und eben so eingeschränkt sind die Wirkungen

gen

gen, welche Gmelin in der Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger §. IX. und folg. vom Concurse vorträgt, so sehr sie sich auch an Gründlichkeit, und Vollkommenheit in der Darstellung auszeichnen, — anderer Schriften zu geschweigen, worin etwas von den Wirkungen des Concurses enthalten ist, und die ich an den gehörigen Orten anführen werde. Nur das Programm von Johann Godofred Bauer de Iudicio concursus Creditorum universali, et creditoribus, modo singulorum modo universitatis faciem induentibus, welches 1754 erschien und in seinen Opusculis Academic. T. I. Nr. XXXVI. enthalten ist, verdient hier, wenigstens wegen der darin enthaltenen Zusammenstellung der Wirkungen des Concurses mancherley Art, Erwähnung.

Alle Wirkungen, welche der Concurs der Gläubiger hervorbringt, müssen, wenn sie richtig dargestellt und bestimmt werden sollen, in einer dreyfachen Rücksicht betrachtet werden; nemlich 1) in Rücksicht auf den Gemeinschuldner von der einen, und die Concursgläubiger von der anderen Seite. 2) In Rücksicht auf die Concurs-Gläubiger selbst unter und gegen einander; und endlich 3) in Rücksicht auf die Concurs-Gläubiger von der einen, und einem Dritten von der anderen Seite. Unter dieser Classification lassen sich alle gedenkbare Wirkungen, die der Concurs mit sich führt, nebst den sich darauf beziehenden rechtlichen Fragen bringen.

§. 29.

1) In Rücksicht auf den Gemeinschuldner von der einen, und die Concurs-Gläubiger von der anderen Seite.

Was zuvörderst die Wirkungen, welche der Concurs der Gläubiger hervorbringt, in Rücksicht auf den

den Gemeinschuldner von der einen, und die Concurs-Gläubiger von der anderen Seite anbetrifft, so bestehen diese darin; daß

A) die Gläubiger das Recht erhalten, sich an dem Vermögen [22]) des Schuldners, so gut sie können, zu erholen, und darüber zu ihrer Befriedigung zu verfügen. — Dahingegen

B) der Schuldner die Disposition über sein Vermögen, die ihm bisher frey stand, nunmehr verliehrt, in so ferne das wolerworbene Recht der Gläubiger dadurch beeinträchtiget wird.

Beide Sätze verhalten sich als Correlate gegen einander, wo die Rechtsregel — iuri respondet obligatio, sich in ihrer vollen Wirkung zeigt. Wenn die Gesetze jemanden ein Recht ertheilen, so verpflichten sie seine Mitbürger auch zugleich die Ausübung desselben geschehen zu lassen, so geschehen zu lassen, als es dieses Recht in seinem ganzen Umfange mit sich bringt. Niemand darf den andern in seinem Rechte kränken, oder ihn an dessen Ausübung directe oder indirecte hindern [23]). Ist also die erste dieser angegebenen Wirkungen gerechtfertiget und erwiesen, so ergiebt sich auch die zweyte schon von selbst, ohne alle Schwierigkeit. Erhalten die Gläubiger durch die Entstehung des Concurses das Recht, sich an dem Vermögen des Schuldners, so gut sie können, zu erholen, und darüber zu ihrer Befriedigung zu disponiren, so ist auch in demselben Augenblick die Verbindlichkeit des Schuldners gegründet, sie weder directe noch indirecte daran zu hindern, hinfolglich sich aller Verfügungen zu enthalten, wodurch dies wohlerworbene Recht der Gläubiger beeinträchtiget wird. —

Alles kommt also auf den ersten Satz an, und darauf, ob dieser hinlänglich bewiesen werden kann, daher ich damit den Anfang machen, und denselben nicht nur zu beweisen, sondern auch in seinen Grundbegriffen zu zergliedern, und näher zu bestimmen suchen werde.

22) Die nähere Bestimmung dieses Puncts folgt weiter unten.

23) Christ. Fried. Glück Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandekten nach Hellfeldt 1 Th. §. 2.

§. 30.

Erste Fortsetzung.

Es ist ein ausgemachter Satz des natürlichen Rechts, daß sobald mein Schuldner mich nicht befriedigen kann, ich das Recht erhalte, mich an seinem Vermögen zu halten, und mich davon, so gut ich kann, selbst zu befriedigen [24]) — ein Satz, den auch positive Gesetze, wenn nicht mit dürren Worten, doch durch mehrere hieher gehörige Verordnungen, wobey derselbe zum Grunde liegt, stillschweigend bestätigen [25]). Klagen nun also mehrere Gläubiger gegen einen Schuldner auf ihre Befriedigung, und dieser ist nicht im Stande solche zu leisten, so steht ihnen in demselben Augenblick das Recht zu, sich an seinem Vermögen zu halten, sich solches anzumaßen, und darüber zu ihrer Befriedigung, die vollkommenste Verfügung zu treffen. Wäre dieses den Gläubigern zuständige Recht nicht durch positive Gesetze modificirt, und näher bestimmt, so würde jeder Gläubiger sogleich zugreifen, und sich, so gut es ihm möglich, von dem Vermögen des Schuldners befriedigen können. Aber nur da positive Gesetze solches näher bestimmt, und eingeschränkt, gleichwol aber vieles, was dabey natürlichen Rechtens ist, nicht aufgehoben haben, mithin die Bestimmung desselben, eine aus natürlichen, und positiven Rechts-Grundsätzen zusammengesetzte

Bestim-

Bestimmung ist, so glaube ich, läßt sich das Ganze nicht füglicher und besser darstellen, als wenn zuvörderst von der Eigenschaft, dem Umfang, und Grenzen dieses Rechts, dann von der Art und Weise der Ausübung desselben, und endlich von dem Verhältniß der Gläubiger bey dieser Ausübung gehandelt wird.

Anlangend 1) die Eigenschaft, den Umfang, und die Grenzen dieses Rechts, so lassen sich davon gewisse Regeln geben, wodurch mit der gehörigen Erläuterung das Ganze faßlich gemacht werden kann.

Erste Regel. Das Recht der Gläubiger, sich an dem noch vorhandenen Vermögen des Schuldners zu erholen, und darüber zu ihrer Befriedigung zu disponiren, wird unmittelbar durch den Eintritt des Concurses begründet, nicht aber die Ausübung dieses Rechts, sondern diese hängt erst von anderen Umständen ab.

Die Richtigkeit dieser Regel läßt sich sehr leicht beweisen, so paradox sie auch manchem scheinen möchte, der an älteren Theorien von dem Dispositions-Recht der Gläubiger über das Vermögen eines verarmeten Schuldners, einen Lieblingsgeschmack gefunden hat, und Neuerungen daher für gefährlich hält. Nach dem natürlichen Recht erlangen die Gläubiger in dem Augenblick, wo sie von dem Schuldner Zahlung verlangen, und dieser sie wegen der Unzulänglichkeit seines Vermögens nicht leisten kann, das Recht, sich desselben zu bemächtigen, und sich daraus, so gut sie können, zu befriedigen. Die positiven Gesetze bestätigen diese in dem natürlichen Recht gegründete Befugniß, wie ich schon oben erinnert habe, stillschweigend, nicht aber so die Ausübung derselben. Die Ausübung dieser gläuberischen Befugniß wird nach dem natürlichen Recht in eben dem Augenblick begründet, wo

sie

sie — diese Befugniß selbst, ihre Entstehung erhält. Aber dieses muß nach dem positiven Recht wegfallen, nach welchem alle Selbsthülfe verbothen ist, nach welchem in der Regel niemand sein Recht privata auctoritate verfolgen darf, sondern alle wirkliche Erlangung desselben durch richterliche Mitwirkung, oder eigene freywillige Einräumung des verbundenen geschieht. Wird also auch gleich das Recht der Gläubiger, sich des Vermögens des Schuldners zu ihrer Befriedigung anzumaßen, durch den Eintritt des Concurses begründet, so bleibt doch solches der Ausübung nach suspendirt — so lange suspendirt, bis Umstände eintreten, die nach Maasgabe der positiven Gesetze die wirkliche Ausübung rechtfertigen. Und diese Umstände, wovon erst die wirkliche Ausübung dieses gläuberischen Rechts abhängt, bestehen entweder in der freywilligen Güter-Abtretung auf Seiten des Schuldners, oder in der richterlichen Anweisung (assignatiof. translatio Iudicialis), worunter ich hier die richterliche Handlung verstehe, wodurch die Güter des Schuldners den Gläubigern angewiesen werden, um darüber zu ihrer Befriedigung zu disponiren.

24) Man vergleiche hiemit die eleganten Lehrsätze des Naturrechts vom Herrn Professor Hufeland §. 89. und §. 216. f. imgleichen *Dan.* NETTELBLADT Systema elementare Iurisprudentiae naturalis. §. 320. *seq.*

25) Hieher gehören alle römische Gesetze, welche davon handeln, daß die Gläubiger auf dem Fall, wenn der Schuldner nicht Zahlung zu leisten im Stande ist, sich des Vermögens desselben anmaßen, und sich daraus befriedigen können. Schon in den so streitigen Worten der Decemviral-Sanction, wovon ich oben bey Gelegenheit weitläuftiger seyn werde, ist dieses Recht der Gläubiger nach einer richtigen Erklärung derselben anerkannt, und zum Grunde gelegt. — Und wie, wenn nun diese natürliche Befugniß, wie doch der Fall ist, nicht durch positive Gesetze bestätiget wäre, würde sie dadurch etwas von ihrer bürgerlichen Wirkungskraft verliehren? Ists denn nothwendig

dig, daß eine natürliche Befugniß, um wirksam zu seyn, durch ein positives Gesetz bestätiget werden muß? Eben so wenig ist dies nöthig als zur bürgerlichen Wirkung einer natürlichen Verbindlichkeit. Man vergleiche Adolph Diet. Webers systematische Entwickelung der Lehre von der natürl. Verbindlichkeit und deren gerichtl. Wirkung. §. 44. folg.

§. 31.

Zweyte Fortsetzung.

Zweyte Regel. Das Recht, welches die Gläubiger an dem schuldnerischen Vermögen erhalten, ist so beschaffen, daß es seinem Endzweck völlig entspricht, und müssen daher den Gläubigern alle dahin abzweckende Mittel gestattet werden.

Die Richtigkeit dieser Regel ergiebt sich schon aus der Natur der Sache. Verleihen die Gesetze jemanden um eines gewissen Zweckes willen ein Recht, so muß ihm auch die Ausübung desselben in der Maaße zugestanden werden, daß dadurch der Zweck völlig erreicht wird. Ueberdies wird aber diese Regel noch durch positive Gesetze [26]), und dem Gerichtsbrauch [27]) bestätiget, und zwar dergestalt, daß den Gläubigern die Ausübung fast aller Rechte gestattet wird, welche nur dem Schuldner in Ansehung seines Vermögens zustehen konnten. Sie können daher in Gemäßheit derselben diejenigen Güter des Schuldners, welche sich in fremden Händen befinden z. B. welche der Schuldner ausgeliehen, verpfändet, deponirt hat, oder demselben sind entwendet worden, zurückfordern, ausstehende Capitalien desselben beitreiben, die Güter des Schuldners verpachten, vermiethen, und endlich zu ihrer Befriedigung veräußern. Kurz alle nur gedenkbare dem Schuldner zuständige Rechte, welche auf sein Vermögen Beziehung haben, in so ferne sie für die Gläubiger vortheil-

haft seyn können, sind in dieser Disposition der Gläubiger enthalten, weil sie ohnedem ihrer Absicht nicht entsprechen würde. Sonst pflegt man auch insgemein zu sagen: Alle in dieser gläuberischen Disposition enthaltene Rechte betreffen die Herstellung, Erhaltung, und Veräußerung der Concurs-Masse [29]), welches, wenn man damit eine Classification vornehmen will, sich immer sehr gut rechtfertigen läßt.

26) *L. 4. C. qui bonis cedere possunt. L. 9. C. de bonis auctor. Iudic. possidend. L. 12. pr. de reb. auct. Iud. possid. vel vend.*

27) BAUER l. c. p. 391.

28) Versteht sich natürlich gegen Erfüllung der gewöhnlichen Verbindlichkeiten. z. B. Wenn die Sache des Schuldners verpfändet war, gegen Entrichtung des Capitals, und der Zinsen. Jedoch was diesen Fall insbesondere anbetrifft, so wird davon unten, in Rücksicht auf einen Gläubiger, mit mehreren gehandelt werden.

29) Werden gleich diese den Gläubigern zuständige Rechte heut zu Tage durch den Güter-Vertreter, oder auch bisweilen zum Theil durch den Contradictor ausgeübt, so verliehren sie doch dadurch im mindesten nichts sowohl an ihrer eigentlichen Zuständigkeit, als innerem Gehalt. Siehe Stepfs systematische Lehre vom Contradictor. 84. ff.

§. 32.

Dritte Fortsetzung.

Dritte Regel. Die Gläubiger treten bey ihrer Disposition über das Vermögen des Schuldners an dessen Stelle, und können daher keine stärkeren Rechte haben, als demselben zustunden, und er ihnen bey Entstehung der Verbindlichkeit einzuräumen im Stande war, und auch diese sind noch manchen näheren Bestimmungen unterworfen.

Ei-

Eine Regel von der größten Wichtigkeit, und die eine sehr genaue Berichtigung erfordert. Umfaßt gleich nach der Lehre des Ulpians im *L.* 49. *D. de Verbor. signific.* der Begriff des menschlichen Vermögens, alles was jemand mit ausschließendem Rechte besitzt, so wird doch dadurch nicht ausgeschlossen, daß das Recht selbst, welches einem an den unter seinem Vermögen enthaltenen Sachen zuständig ist, von verschiedener Gattung seyn, und ihm an einigen ein volles, und uneingeschränktes, an andern hingegen ein eingeschränktes Dispositions-Recht zuständig seyn könne. Ich übergehe die mancherley Einschränkungen, welchen das menschliche Vermögen in Hinsicht auf die Befugniß, darüber zu disponiren, unterworfen seyn kann; und erwähne blos als zu meinem Zweck gehörig derjenigen, wo es jemanden zwar erlaubt ist, über eine zu seinem Vermögen gehörige Sache zu disponiren, jedoch allemal so, daß die Substanz derselben erhalten bleibt, um dereinst auf einen andern übergehen, oder zurückkehren zu können. In dieser Rücksicht läßt sich füglich das ganze Vermögen eines Menschen in ein freyes (liberum), und eingeschränktes limitatum) eintheilen, je nachdem jemanden darüber eine völlig freye, oder auf die Erhaltung der Substanz desselben eingeschränkte Disposition zuständig ist. Zu dem letzteren gehören Lehne, und Fideicommisse, welche jemand besitzt.

In so ferne uns nun die Befugniß zuständig ist, über unser Vermögen zu disponiren, in so ferne kann solches auch nur den uns obliegenden Verbindlichkeiten verhaftet werden[30]). Dieser Satz ist unleugbar richtig, man wollte denn den Unsinn behaupten, daß eine indirecte Verfügung da statt habe, wo eine directe ausgeschlossen ist. — Hieraus folgt nun

1) Derjenige Theil unseres Vermögens, worüber wir eine uneingeschränkte, und völlig freye Befugniß zu disponiren haben, ist unseren Verbindlichkeiten

dergestalt verhaftet, daß er zur Tilgung derselben gänzlich aufgewendet werden kann. Dahingegen

2) der Theil desselben, worüber wir nur salva substantia disponiren können, kann unseren Verbindlichkeiten nur in so ferne verhaftet werden, als wir darüber disponiren können, mithin kann nicht die Substanz desselben zu ihrer Tilgung aufgewendet werden, es wäre denn, daß die Verordnung eines Gesetzes, oder die Einwilligung derjenigen, welche an die Erhaltung der Substanz dieses Theils unseres Vermögens ein Interesse haben, solches bewirkte.

Dies vorausgesetzt, schreite ich nun zur Erläuterung der oben aufgestellten Regel. Erlangen gleich die Gläubiger durch den Eintritt des Concurses das Recht, über das schuldnerische Vermögen zu ihrer Befriedigung zu disponiren, und erstreckt sich dieses Recht gleich generell auf die Herstellung, Erhaltung, und Veräußerung der Concurs-Masse, so ist doch diese ihre Disposition an eben die Normen gebunden, woran die Disposition des Schuldners gebunden war, indem derselbe ihnen weder directe noch indirecte mehrere Rechte verleihen konnte, als er selbst hatte. Besitzt daher der Schuldner lehn- [31]) und Fideicommiß-Güter [32]), so können sich zwar die Gläubiger die Früchte davon zueignen, oder anderweitig darüber zu ihrem Vortheil disponiren [33]), jedoch die Substanz selbst nicht angreifen, oder solche veräußern, indem alle ihre Rechte auf die ausdrückliche oder stillschweigende Einräumung des Schuldners beruhen, oder doch, wenn sie unmittelbar aus einem Gesetz herrühren, eben so angesehen werden müssen, und dieser ihnen nicht stärkere Rechte verleihen konnte, als er selbsten hatte. Außerdem fehlt es nicht an bewährten Rechtslehrern [34]), welche behaupten, daß diese Disposition der Gläubiger sich nicht über solche Vermögensstücke des Schuldners erstrecke, worüber

über ihm zwar ein uneingeschränktes Verfügungs-Recht zusteht, von welchen sich aber nicht füglich annehmen läßt, daß er die, den Gläubigern ausdrücklich oder stillschweigend, an seinem Vermögen eingeräumten Rechte, auch darüber mit erstrecken wollen z. B. seine täglichen Kleider. Man beruft sich dabey auf den **Ulpian** in *L.* 6. *D. de pignor.* Obligatione generali rerum, quas quis habuit, habiturusve sit, ea non continebuntur, quae verisimile est quenquam specialiter obligaturum non fuisse: utputa suppellex; item vestis relinquenda est debitori; welches Gesetz zwar nur von Verpfändungen redet, allein wegen des Grundes, worauf es gebauet ist, auch hier sehr füglich angewendet werden kann [35]).

Das Vermögen eines Menschen begreift bekanntlich auch alle demselben zuständige Rechte in sich. Wichtig ist daher die Frage: in wie weit den Gläubigern eine Disposition in Ansehung der dem Schuldner zuständigen Rechte und Gerechtigkeiten einzuräumen sey? — eine Frage, die um so wichtiger ist, als sie von vielen Rechtslehrern größtentheils auf eine sehr ungereimte Art ist beantwortet worden. Ich will diese Behauptung mit dem Urtheil eines unserer elegantesten Rechtslehrer unterstützen: Et vulgaris quidem (schreibt Herr Professor **Püttmann**) hominum pragmaticorum vox est, creditores non modo obligationes, sed iura etiam debitoris excipere omnia, immo ipsum, ut perbelle loquuntur, repraesentare, adeo ut parum haud raro absit, quin creditorum nonnulli, maxime si venustula debitori obtigit uxor, ius etiam thori, quod miser ille sibi soli, tamquam marito, competere existimabat, sibi vindicatum eant [36]).

Ich glaube diese Frage läßt sich am richtigsten so beantworten:

Die Disposition, welche die Gläubiger durch den Concurs über das Vermögen des Schuldners erhalten, erstreckt sich auch über die demselben zustehenden Rechte als einen Theil seines Vermögens, ohne Unterschied sie mögen ihm an und für sich selbst, oder wegen des Besitzes gewisser Sachen zustehen, die Iura personalissima, imgleichen diejenigen, welche ihm blos für seine Person sind zugestanden worden, allein ausgenommen; jedoch nur in soferne, als diese Rechte dem Endzweck entsprechen, der bey dem Dispositions-Recht der Gläubiger zum Grunde liegt. Eine Einschränkung dieser Regel kann nur aus Gesetzen gerechtfertiget werden.

Die Richtigkeit dieser Beantwortung der oben vorgelegten Frage, ergiebt sich aus der Natur der Sache. Von den Iuribus personalissimis gilt die Regel: ossibus personae inhaerent. Niemand kann solche Rechte auf den andern übertragen, oder an denselben abtreten, mithin ist auch der Schuldner nicht dazu befugt, sie seinen Gläubigern verbindlich zu machen, und diese können sie daher nicht ausüben, wenn sie auch noch so vortheilhaft vor ihnen wären [37]). Eben das gilt von solchen Rechten, die dem Schuldner nur blos für seine Person oder ausschließlich waren zugestanden worden, indem er diese so wenig einem andern directe, als indirecte gestatten konnte. Deutlich verordnet dies Justinian im §. 1. und 2. *I. de usu et habitat.* Item is (sagt er) qui aedium usum habet, hactenus ius habere intelligitur, ut ipse tantum habitet; nec hoc ius ad alium transferre potest. Und aus diesem Grunde, glaube ich, läßt sich auch nur behaupten, daß den Gläubi-

gern

gern so wenig der dem Schuldner für seine Person ausschließlich eingeräumte Genießbrauch einer gewissen Sache sowohl überhaupt, als auch der, der Güter seiner Ehefrau gestattet werden könne. Denn andere Gründe, welche besonders in dem letztern Fall, um ihnen solchen abzusprechen, von den Rechtslehrern gemeinhin aufgestellet werden, halten bey einer genauen Untersuchung nicht die Probe aus [38]).

Ich habe behauptet, daß in Ansehung aller übrigen Rechte des Schuldners, sie mögen ihn an, und für sich selbst, oder wegen des Besitzes gewisser Sachen zustehen, den Gläubigern ein vollkommenes Dispositions-Recht zuständig sey, jedoch nur in so ferne, als selbige dem Endzweck entsprechen, der bey dieser Disposition zum Grunde liegt. Auch die Richtigkeit dieser Behauptung will ich sogleich erweisen.

Daß die einem Menschen zuständigen Rechte mit zu seinem Vermögen gehören, und als ein Theil desselben betrachtet werden müssen, ist eine durch Gesetze bestätigte Wahrheit. Aeque bonis adnumerabitur sagt Ulpian im *L.* 49. *D. de verbor. signific.* etiam si quid est in actionibus, petitionibus; nam haec omnia in bonis esse videntur. Erlangen nun die Gläubiger, wie ich oben gezeigt habe, die Befugniß, über das Vermögen des Schuldners zu ihrer Befriedigung zu disponiren, so muß ihnen auch solche in Ansehung der Rechte, die dem Schuldner zuständig sind, gestattet werden, denn was von dem Ganzen gilt, gilt auch von einem Theil desselben, und der Grund, warum Verbindlichkeiten auf dem Vermögen des verbundenen überhaupt haften können, paßt auch auf die in demselben enthaltenen Rechte. Daß jedoch nur die Ausübung dieser Rechte den Gläubigern in so ferne gestattet werden kann, als selbige dem Endzweck entsprechen, der bey ihrer Disposition zum Grunde liegt, ist natürlich, indem man ihnen sonst mehr gestatten würde, als ihnen nach

natürlichen, und positiven Rechten zuständig seyn kann. Ist daher ein dem Schuldner zuständiges Recht den Gläubigern nicht nützlich, und zweckt nicht zu ihrer Befriedigung ab, so darf ihnen durchaus die Ausübung desselben nicht gestattet werden [39]). Die Sache ist so klar, daß eine weitere Ausführung nur Ausschweifung seyn würde.

Ich habe ferner behauptet, daß eine Einschränkung des obigen Grundsatzes nur aus Gesetzen oder gesetzlicher Analogie, die, wenn sie richtig ist, einer ausdrücklichen gesetzlichen Verordnung zur Seite gesetzt werden muß, gerechtfertiget werden könne. Auch die Richtigkeit dieser Behauptung ergiebt sich aus dem obigen. Erlangen die Gläubiger durch die Entstehung des Concurses das Recht über das Vermögen des Schuldnes zu disponiren, und sich daran, so gut sie können, zu erhohlen, so muß ihnen auch solches in Ansehung der darin enthaltenen Rechte in aller Maaße, und so gestattet werden, daß es seinem Endzweck völlig entspricht. So lange also keine gesetzliche Einschränkung erwiesen werden kann, muß es wie ein Recht betrachtet werden, das aller nur möglichen seinem Endzweck gemäßen Ausdehnung fähig ist [40]).

30) In Ansehung solcher Verbindlichkeiten, die aus unseren erlaubten sowohl, als unerlaubten Handlungen entspringen, ist die Sache meiner Meinung nach zu klar, als daß sie eines Erweises bedürfte. Wir können durch unsere Handlungen so wenig directe, als indirecte jemanden mehrere Rechte gestatten, als wir selbst haben. Aber wie verhält es sich denn nun mit solchen Verbindlichkeiten, die unmittelbar in den Gesetzen ihren Entstehungs-Grund haben? Ich glaube auch, hier läßt sich der Knoten ohne viele Schwierigkeit lösen. Auch diese haften nicht indistincte, oder so auf unserem Vermögen, daß jener Unterschied dadurch bey Seite gesetzet werden müste, sondern nur dann, wenn das Gesetz eine Ausnahme davon ausdrücklich macht. Das Gesetz setzt hier nur unmittelbar die Verbindlichkeit fest, läßt es aber in Absicht auf die Erfüllung derselben bey der allgemeinen Regel. Irre ich in Anse-

hung

hung dieses noch gar nicht, so viel ich weiß, berichtigten Puncts, so wird mir eine Zurechtweisung sehr willkommen seyn.

31) *Io. August* HELLFELDT D. de Iure Creditorum allodialium intuitu feudi, et concursus feudalis. *Ien.* 1755. auch in seinen von Johann Christian Fischer herausgegebenen Opusculis. nr. XXII. Man vergleiche damit die eben daselbst nr. XXIII. befindliche Hellfeldische Disputation: De Iure creditorum vasalli in percipienda ex fructibus feudi solutione. Allodial-Schulden haften nach gemeinen Recht nicht so aufs Lehn, daß die Substanz desselben zu ihrer Tilgung aufgewendet werden könnte, wohl aber auf die Früchte desselben, indem darüber dem Vasallen das Recht zu disponiren zuständig ist. Man sehe *Io. Ludov.* ECKARDT de debitis feudalibus. *Ien.* 1787. Alle Früchte von den Lehngütern, welche der Schuldner besitzt, werden daher zur Concurs-Masse gezogen, und von den Gläubigern sich zugeeignet. Diese Befugniß dauert so lange, als das nützliche Eigenthum des Lehns bey dem Vasallen und dessen Erben verbleibt, (obgleich es S. den §. 33. auf die Dauer des Concurs-Wesens eingeschränkt ist), und können sie nur durch den Lehnsherrn vermittelst eines Wiederrufs des Lehns, oder durch die Lehnsgläubiger davon ausgeschlossen werden, wenn diese vermöge ihrer besonderen Rechte die Absonderung des Lehns vom Allode fordern, und solches zu ihrer Befriedigung veräußern. Die bloße Absonderung des Lehns vom Allode auf Andringen der Lehns-Gläubiger, wenn damit nicht zu gleicher Zeit die Veräußerung des Lehns selbst sogleich verbunden ist, kann meiner Einsicht nach den Gläubigern nicht das Recht entziehen, sich der Früchte anzumaßen, und den Lehns-Gläubigern daran ein ausschließliches Recht zueignen, indem diesen solches nur an der Substanz des Lehns zukommt, obgleich Hellfeldt in der zuletzt angeführten Abhandlung §. XXI. das Gegentheil, aber ohne hinlängliche Gründe, behauptet. Man sehe auch G. C. SEGNITZ D. de allodialitate fructuum feudi, et de competentia Iudicis ordinarii in rebus eo pertinentibus. *Altdorff* 1754. §. 2. — 15.

32) Justus Clapproth Einleitung in sämmtliche summarische Processe; vom Concurs-Proceß. S. 58. Man ver-

gleiche hiemit STIEGLITZ de fideicommissis familiae ab iis quorum interest sublatis Lipſ. 1752. und SCHMIDT de fideicommissis quae alienari possunt, et non possunt. Pütters auserles. Rechtsfälle 2. B. R. 118.

33) z. B. zu verpachten, vermiethen u. s. f.

34) PÜTTMANN Adversarior. Iur. Univers. L. 1. pag. 211.

35) Selbst die Rechtslehrer, die auch noch so hart mit dem Schuldner verfahren wissen wollen, pflegen ihm dieses Recht zuzugestehen. Condemnato (schreibt Peter de Greve in Exercitat. ad Pand. *pag.* 564.) omne, quod habet, auferri potest, ut nihil ei relinquatur, ne teruncius quidem, et neque ad victum quotidianum parandum necessaria, commiserationis gratia reliquenda est ipsi *vestis aliqua vilis et pannicularia*, qua tegat nuditatem.

36) a. a. O. *pag.* 207.

37) arg. *L.* 5. §. 18. und 19. *L.* 6. *D. de Operib. libertor. L.* 9. §. 1. *D. eod.* Siehe auch *Sam.* STRYCK de lurib. et action. non cessibil. *pag.* 19. Steht daher z. B. dem Schuldner das Ius retractus gentilitii zu, so ist es klar, daß die Gläubiger dieses Recht nicht ausüben können, wenn es ihnen auch noch so vortheilhaft wäre.

38) *Godofred Ludewig* MENCKEN D. de usufructu maritali ad inopiam redacti in bonis Uxorum §. 4. und 5. *Io. Salomo* BRUNQUELL D. de Usufructu maritali in rebus uxoris, moto super illius bonis concursu creditorum cessante, in seinen vom Herrn Professor König herausgegebenen Opusculis. T. II. Nr. XVIII. Der vorzüglichste Grund, welchen diese Rechtslehrer, und besonders der letztere, anführen, daß durch die Entstehung des Concurses, nach dem römischen Recht, die dem Manne in Ansehung des Brautschatzes, und der übrigen Güter der Ehefrau eingeräumten Rechte aufgehoben würden, ist noch lange nicht so erwiesen, als sie sich davon überzeugt glauben. Die Gesetze, selbst die, welche von ihnen vorzüglich angeführt werden, nemlich der *L.* 29. *C. de Iure dotium*, und *L.* 24. *pr. D. soluto matrimon.* erweisen

sen dies nicht, sondern verstatten blos auf dem Fall, wenn der Ehemann im Concurs verfällt, der Frau das Recht, ihre Vermögensstücke zurückzunehmen, damit diese nicht mit den des Mannes vermischt, und mit zur Befriedigung seiner Gläubiger aufgewendet werden mögen. Man vergleiche noch *Ioh. Fried.* MANTZEL D. An et quatenus Iura conjugum moto concursu creditorum mutentur. *Rost.* 1760.

39) Aus diesem Gesichtspunct muß auch, wie ich glaube, die so wichtige als streitige Frage entschieden werden: Ob den Gläubigern auch die Ausübung, des dem Schuldner in Ansehung einer Kirche, zuständigen Patronat-Rechts, zu gestatten sey? Siehe PÜTTMANN adversarior. Iuris universi *T.* I. *pag.* 221. *Fried. Esaias* PUFFENDORFF: Creditoribus in bona debitoris immissis utrum dominus ius Patronatus, an creditores immissi exerceant, in seinen Observat. Iuris Universi. P. IV. *nr.* 229. *Iust. Henn.* BOEHMER Ius ecclesiastic. Protestant. *l.* 3. *T.* 38. §. 3. Sind mit dem Iure Patronatus Revenüen verbunden, so ist es Geldeswerth und muß dessen Ausübung den Gläubigern gestattet werden, wenn nicht Landes-Gesetze etwas anders verordnen, wovon Püttmann ein Beyspiel wegen Churſachsen anführt. Es mag das Patronat-Recht reell, oder personell seyn; in beyden Fällen ist kein Grund vorhanden, die Ausübung desselben den Gläubigern abzusprechen. Es nach den Grundsätzen des römischen Patronat-Rechts ansehen, und die Verordnung der römischen Gesetze darauf anwenden zu wollen, würde offenbarer Unsinn seyn, und das *C.* 18. *X. de sentent. et re judic.* worauf sich die Gegner vorzüglich gründen, beweißt im mindesten nichts. Man sehe *Iust. Henn.* BOEHMER in Corpore Iur. Canonici *ad d. l. T. II. p.* 374. Uebrigens halte ich mich bey meiner Behauptung strenge an meinem aufgestellten Grundsatz, und kann daher keinesweges dem *Ioh. Samuel* SCHMIDT in der D. de exercitio Iuris Patronatus realis ad fructus praediorum referendo *Lipſ.* 1746. beypflichten, welcher §. XXII. die Ausübung des dinglichen Patronat-Rechts den Gläubigern zwar, allein als eine fructus praedii gestattet. Denn nicht die Disposition über das Grundstück selbst giebt den Gläubigern schon das Recht, alle demselben inhärirende Gerechtsame auszuüben, son-

sondern nur dann, wenn sie dem Zweck, der überhaupt bey ihrem Dispositions-Recht zum Grunde liegt, entsprechen.

40) Sehr streitig ist es: Ob sich die Gläubiger an den Salarien, oder anderen Einkünften, die der Schuldner vermöge eines öffentlichen Amts, welches er bekleidet, zu heben berechtiget ist, ein Recht anmaßen können. Herr Professor Püttmann a. a. O. §. 214. läugnet es durchaus, selbst auch dann, wenn der Schuldner die Rechtswohlthat der Güter-Abtretung ergriffen hat, welchen Fall er auch nur eigentlich unterstellt. Er unterstützt seine Behauptung durch die Analogie des *L. 5. C. quae res pignor. obligari poss.* Spem eorum praemiorum quae pro coronis athletis pensitanda sunt: privata pactione pignorari, minime admittendum est: et ideo nec si generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis intervenerit, tenet. Allein ich zweifle sehr, ob hier eine richtige Analogie vorhanden ist, und von den athletis auf die, welche überhaupt ein Amt bekleiden, und vermöge desselben Besoldungen heben, ein Schluß gemacht werden könne, besonders wenn man mit diesem Gesetze den *L. 1. C. de athletis* vergleicht, und auf die solchen Personen darin gestatteten Vorzüge Rücksicht nimmt, wobey freylich das Edict des Prätors im *L. 1. D. de his qui notantur infamia*, in starke Collision geräth. Man vergleiche auch *Martin* SCHMEITZEL de Coronis tam antiquis quam modernis pag. 104. Meiner Meynung nach muß den Creditoren auch das Recht, diese Salarien zu erheben, gestattet werden, der Schuldner habe die Rechtswohlthat der Güter-Abtretung gebraucht oder nicht. Denn auch im letzten Fall trat er sein Vermögen den Creditoren ab, worin auch das Recht auf die Salarien begriffen war, wenn auch gleich die Erhebung selbst auf gewisse Termine verstellet ist. Ein anderes würde statt haben, wenn der Schuldner seine Güter bereits abgetreten hätte, und nun ein Amt bekommt, indem er nur sein gegenwärtiges Vermögen an die Gläubiger abtrat. Hiermit stimmt auch Ulpian im *L. 6. D. de cessione bonorum*, überein, wo er von solchen Gütern und Rechten redet, die der Schuldner nach der Güter-Abtretung allererst erworben hat, und den Gläubigern daran alle sofortige Dispositions-Befugniß abspricht. Kam ihm aber die Güter-Abtretung

nicht

nicht zu statten, so erlangen auch daran die Gläubiger ein Recht, so lange als das Concurs-Wesen dauert, obgleich dem Schuldner davon vermöge der Analogie des L. 6. *D. de cess. bonor.* so viel gelassen werden muß, daß er sich nothdürftig erhalten kann. Man sehe die Regel des folgenden §phen. Eben das gilt auch von den Revenüen, die ein Geistlicher vermöge seines geistlichen Amts erhebt. *C.* 2. und 3. X. *de fidejussor. Iust. Henning.* BOEHMER de clerico debitore §. 22.

§. 33.

Vierte Fortsetzung.

Vierte Regel. Das Recht der Gläubiger sich an dem Vermögen des Schuldners zu erhohlen, und sich darüber eine Disposition anzumaßen, erstreckt sich nicht nur auf seine beym Eintritt des Concurses vorhandene Güter und Rechte, sondern auch auf die, welche nachher von demselben erworben werden, es wäre denn, daß ihm die Rechtswohlthat der Güter-Abtretung zu statten käme, und er sich derselben auch wirklich bedienet hätte.

Der Beweis dieser Regel, die gewiß manchem ein wahres Absurdum scheinen wird, muß aus dem Prinzip geführt werden, woraus die Befugniß der Gläubiger überhaupt, sich des Vermögens des Schuldners anzumaßen, und darüber zu ihrer Befriedigung zu disponiren, abgeleitet wird. Die Gläubiger erhalten durch den Eintritt des Concurses das Recht sich an dem Vermögen des Schuldners, so gut sie können, zu erhohlen, und sich in dieser Hinsicht daran eine Disposition anzumaßen. Nach natürlichen Rechts-Grundsätzen können diese gläuberische Gerechtsame nicht auf das beym Eintritt des Concurses vorhandene Vermögen des Schuldners eingeschränkt werden, weil dies ihrem Endzweck zu wenig

ent-

entsprechen würde, der auf ihre volle Befriedigung geht, sondern sie müssen sich auch auf die Güter und Rechte erstrecken, welche dem Schuldner erst nachher erworben werden, sogleich als sie demselben wirklich [41]) erworben sind, und bewirken, daß auch diese zur Concurs-Masse gezogen, und ihrer Disposition unterworfen werden. Die positiven Gesetze bestätigen diesen Grundsatz des natürlichen Rechts stillschweigend dadurch, daß sie von demselben in dem Fall eine Ausnahme machen, wenn dem Schuldner die Rechtswohlthat der Güter-Abtretung zu statten kommt, und er sich derselben bedienet hat. In diesem Fall erstreckt sich die Disposition der Gläubiger zu ihrer Befriedigung nach der näheren Bestimmung positiver Gesetze, blos nur auf die Güter, und Rechte, welche der Schuldner dermahlen hatte, wie er die Güter-Abtretung unternahm [42]).

41) Ich sage hier mit gutem Bedacht — wirklich. Was dann Rechtens ist, wenn der Schuldner nach entstandenem Concurse Güter oder Rechte zum Vortheil seiner Gläubiger hätte erwerben können, die wirkliche Erwerbung aber seiner Willkühr entweder mehr oder weniger anheim gestellt war, solches aber nicht gethan hat, wird in dem dritten Hauptstück gezeigt werden.

42) arg. *L. 6. D. de cess. bonor. Ioh. Lud. Ernst.* Püttmann de Cessione bonorum contumeliosa Lipsi. 1784.

§. 34.

Fünfte Fortsetzung.

Fünfte Regel. Das mehrerwähnte Recht der Gläubiger ist kein lus infinitum *), sondern dauert nur bis zu Ende des gegenwärtigen Concurs-Wesens.

Eine allerdings sehr wichtige Regel. Nach natürlichen Rechts-Grundsätzen würde diese mehrerwähnte Befug-

fugniß der Gläubiger so lange als begründet angenommen werden müssen, als noch einer von den Gläubigern unbefriedigt ist. Allein der Gerichtsbrauch durch Analogie der Gesetze unterstützt, verstattet sie den Gläubigern nur so lange, als das Concurs-Wesen noch nicht zu Ende gebracht ist, das heißt, so lange das schuldnerische Vermögen nach der von dem Richter gesprochenen locations-Sentenz, und dem richterlichen Distributions-Bescheide noch nicht unter die Gläubiger vertheilet ist [43]), mit welcher Vertheilung das gegenwärtige Concurs-Wesen ein Ende nimmt. Diejenigen Gläubiger, welche bey dieser Vertheilung leer ausgehen, können nun zwar in der Zukunft den Schuldner, wenn er wieder etwas erwirbt, von neuen gerichtlich belangen, auch allenfalls einen neuen Concurs erregen, bey welchem alle diese Grundsätze wieder eintreten, jedoch ist hierbey die in den Gesetzen enthaltene Mäßigung zu beobachten, nach welcher der Schuldner erst wiederum zu Kräften kommen muß, und ihm die nöthigen Alimente nicht von den Gläubigern entzogen werden dürfen [44]).

*) Ich verstehe hier unter Ius infinitum ein solches Recht, welches so lange dauert, als der Endzweck noch nicht erreicht ist, warum es jemanden zusteht.

43) Justus Clapproth a. a. O. p. 172.

44) *L. 6. D. de cessione bonor.* Qui bonis suis cessit, si modicum aliquid post bona sua vendita adquisivit, iterum bona eius non veneunt. Unde ergo modum hunc aestimabimus? Utrum ex quantitate eius, quod adquisitum est, an vero ex qualitate? Et putem, ex quantitate id aestimandum esse eius, quod quaesiit: dummodo illud sciamus, si quid misericordiae caussa ei fuerit relictum puta menstruum, vel annuum, alimentorum nomine, non oportere propter hoc bona eius iterato venundari: nec enim fraudandus est alimentis cottidianis. Idem et si ususfructus ei sit concessus, vel legatus, ex quo tantum percipitur, quantum ei alimentorum nomine satis est. Zwar redet dieses Gesetz nur

von

von dem Fall der voraufgegangenen Güter-Abtretung, läßt sich aber wegen der Allgemeinheit seines Grundes füglich weiter ausdehnen, welcher Ausdehnung auch, so viel ich weiß, der allgemeine Gerichtsbrauch zur Seite steht. Man vergleiche auch mit dem obigen Gesetze den *L. 4. und 7. D. de cess. bonor.*

§. 35.

Sechste Fortsetzung.

Ich komme nach diesen Grundsätzen, bey welchen ich wegen ihrer Wichtigkeit nie weitläuftig genug werden konnte, nunmehr 2) auf die Art und Weise, wie dieses den Gläubigern durch den Eintritt des Concurses zuständig gewordene Verfügungs-Recht ausgeübt werden muß. Sowohl das Beste des Schuldners als die gute Ordnung erfordert es, daß die Gläubiger dieses ihnen zuständige Recht nicht privata auctoritate ausüben können, sondern solches unter der Aufsicht, und Direction des Richters ausgeübt werden muß. Legis Iuliae heißt es im *L. 4. D. qui bonis cedere poss.* einem Rescript der Kaiser Diocletianus, und Maximinianus, de bonis cedendis beneficium, constitutionibus divorum nostrorum parentum ad provincias porrectum esse, ut cessio bonorum admittatur, notum est: non tamen creditoribus *sua auctoritate dividere haec bona*, et iure dominii detinere, sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur indemnitati suae consulere permissum est, welche gesetzliche Verordnung, obgleich sie nur die geschehene Güter-Abtretung unterstellt, doch wegen der Allgemeinheit ihres Grundes auf alle Concurse, es möge dabey eine Güter-Abtretuug vorgekommen seyn, oder nicht, angewendet werden kann, und auch nach dem Gerichtsbrauch angewendet wird. — Und wird gleich durch diese richterliche Concurrenz die Verfügung in Ansehung des schuldnerischen Vermögens selbst den Gläubigern nicht entzogen, so ist sie doch heutiges Tages so genau an derselben gebunden, daß ohne richterliche

Bey-

Beystimmung nichts wichtiges von ihnen unternommen werden darf, was auf das Concurs-Wesen Beziehung hat [45]).

Was insbesondere die Veräußerung der schuldnerischen Vermögensstücke anbetrifft, so scheint es, als wenn diese nach dem römischen Recht von den Gläubigern privata auctoritate, wiewohl mit Zustimmung des Richters, gültig geschehen können, nur mußten sie sich dabey aller Veruntreuung, und Collusion zum Nachtheil des Schuldners enthalten [46]). Allein der heutige Gerichtsbrauch, in vielen Ländern durch besondere Proceß-Ordnungen unterstützt, gestattet ihnen solches nicht mehr, sondern es muß das schuldnerische Vermögen unter richterlicher Auctorität, und öffentlich verkauft werden [47]); mithin fällt bey uns dasjenige weg, was in den römischen Gesetzen angeordnet ist, und auf die Privat-Veräußerung des schuldnerischen Vermögens Beziehung hat [48]).

45) Gmelin in der Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger. §. VI.

46) *L.* 10. *C. de bonis auctorit. Iudic. possidendis. Io. Aug.* HELLFELDT progr. de bonis debitorum post eorum cessionem distrahendis. Nr. XXIV. seiner Opusculor. §. V. Bey den Römern wurde in den älteren Zeiten, wenn ein Schuldner seine Gläubiger nicht befriedigen konnte, und diese daher in seine Güter eingesetzt waren, von dem Prätor ein sogenannter Curator bonorum oder Magister bestellt, welcher das ganze Vermögen des Schuldners demjenigen, der sich bereitwillig erklärte, die Gläubiger, entweder ganz, oder mit einer verabredeten Summe, zu befriedigen, käuflich zuschlug, welcher alsdenn wie successor universalis des Schuldners betrachtet wurde. Diese Successions-Art hieß successio per bonorum venditiones. Justinian aber hob sie im §. *un I. de succeff. subl. quae fiebant per bonor. vendit. et ex SCt. Claudiano* auf. Siehe WALDECK Inst. Iur. civil. §. 550.

47) HELLFELDT. l. c. Krafts practische Anmerkungen über den Concurs-Proceß. §. 100.

Daß die öffentliche allgemeine Feilbiethung der Güter in diesem, und ähnlichen Fällen niemahlen unterlassen werden soll, ist nicht nur in dem römischen Rechte arg. *L.* 4. und 9. *C. de distract. pignor. L. ult. C. de Iure domin. impetr.* verordnet, sondern auch in vielen Landen durch Provincial-Gesetze bestätiget, und überhaupt in dem Gerichtsbrauch gegründet. SCHAUMBURG princ. prax. Iuridic. iudiciar. *L.* 2. *C.* 8. §. 10. Justus Clapproth a. a. O. *p.* 68. obgleich PUFFENDORFF in Obs. Iur. Univers. *T.* 3. *Obs.* 69. das Gegentheil behauptet. Auch das Beste des Schuldners, das allemahl beym Concurse sehr zu berücksichtigen ist, erfordert eine solche öffentliche allgemeine Feilbiethung.

48) Dahin gehört z. B. die im *L.* 10. *de reb. auctorit. Iudic. possidend.* befohlene eidliche Angabe des Verkäufers, imgleichen das den Anverwandten und noch vorzüglicher einem Gläubiger des Schuldners im *L.* 16. *D. de reb. auctorit. iudic. possidend.* beygelegte Näherrecht, welches alles sich auf die bey den Römern erlaubte Privat-Veräußerung des schuldnerischen Vermögens bezieht. Siehe auch Riedel Abh. Hat das Näherrecht bey Subhastationen vor, oder nach der Adjudication statt? Anspach 1781.

§. 36.

Siebente Fortsetzung.

Wir kommen nun endlich 3) auf die Untersuchung: in welchem Verhältnisse die Gläubiger bey der Disposition über das Vermögen des Schuldners betrachtet werden müssen; welche von nicht geringerer Wichtigkeit, als die bisherigen Untersuchungen, ist, und uns um so mehr beschäftigen muß, als dieses Verhältniß der Gläubiger noch heut zu Tage unter den Rechtslehrern sehr streitig ist.

Bringt gleich der Concurs der Gläubiger, wie ich oben gezeigt habe, in Hinsicht auf den Gemeinschuldner, und die Gläubiger die Wirkung hervor, daß das ganze Vermögen des Schuldners auf die Gläubiger übergeht, und diese unter den obigen Bestimmungen die Befugniß

erhal-

erhalten, darüber zu ihrer bestmöglichsten Befriedigung zu disponiren, so folgt daraus doch noch keinesweges, daß die Gläubiger, wie einige Rechtslehrer dafür halten, Eigenthümer von dem Vermögen des Schuldners würden [49]), oder gleichsam wie Successores Universales desselben betrachtet werden müßten [5]); sondern sie sind vielmehr nur als Verwalter fremder Sachen zu ihrem eigenen Vortheil zu betrachten. Der Schuldner behält daher nach wie vor, das Eigenthum seines Vermögens, und ist berechtiget dasselbe, wenn er vor dem wirklichen Verkauf dazu in den Stand gesetzt werden sollte, gegen Erlegung desjenigen, was die Gläubiger zu fordern haben, zurückzuverlangen. Die Worte des *L. 1. C. qui bon. ceder. poss.* — non tamen creditoribus sua auctoritate dividere haec bona, et *Iure dominii detinere* — permissum est, besagen dies deutlich, mit welchen auch der *L. 3. D. de cess. bonor.* übereinstimmt, wo es heißt: Is qui bonis cessit ante rerum venditionem utique *bonis suis non caret*, quare si paratus fuerit se defendere, bona eius non veneunt. Zwar unterstellen alle diese Gesetze nur blos den Fall, wo der Schuldner zu der Rechtswohlthat der Güter-Abtretung seine Zuflucht genommen hat, allein die Verordnung derselben ist um so eher weiter auszudehnen, und ihr bey allen Concursen eine Anwendung zu gestatten, als die Güter-Abtretung sogar eine freywillige Erklärung des Schuldners, daß sein Vermögen den Gläubigern anheimfallen solle, um darüber zu ihrer Befriedigung zu disponiren, in sich enthält, und er doch das Eigenthum davon nicht verliehren soll. — Und da es hier an allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen fehlt, so muß aus der Analogie der vorhandenen Gesetze, und aus der Natur der Sache dieser Punct seine Berichtigung erhalten. Diese letztere aber bringt es keinesweges mit sich, daß das Eigenthum des schuldnerischen Vermögens auf die Gläubiger übertragen wird, sondern bewirkt blos, daß die

Gläubiger das Recht erhalten sich des Vermögens des Schuldners anzumaßen, und darüber zu ihrer Befriedigung zu verfügen. Ein anderes würde jedoch alsdann anzunehmen seyn, wenn der Gemeinschuldner sein gesamtes Vermögen den Gläubigern eigenthümlich zugeschlagen hätte, um daraus sich zu befriedigen. In diesem Fall würde allerdings das Eigenthum desselben auf die Gläubiger übergehen, und ihr Verhältniß zu dem Schuldner, und dessen Vermögen, nicht nach einem bloßen Dispositions-, sondern wirklichen Eigenthums-Recht beurtheilet werden müssen. Quodsi non (heißt es im *L.* 4. *C. Qui bon. ced. poss.* bonis *eum* (nemlich der Schuldner) cessisse, sed *res suas in solutum tibi dedisse* monstratur, praeses provinciae poterit de proprietate tibi accommodare notionem.

So ungereimt es ist den Concurs-Gläubigern ein Eigenthum an dem schuldnerischen Vermögen beylegen zu wollen, so wenig verräth es eine genaue Bekanntschaft mit dem wahren Zustande der Sache, wenn man sie vermöge der ihnen wegen des Concurses zuständigen Gerechtsame, als successores universales des Schuldners betrachten wollte, ohne Unterschied, sie mögen diese Gerechtsame vermittelst der hinzugekommenen Güter-Abtretung, oder ohne derselben, durch die bloße Natur und Eigenschaft des Concurses erhalten haben, so viele Aehnlichkeit auch ihr Verhältniß zu dem Schuldner immerhin, mit dem eines successoris Universalis haben mag. Denn zu einem Successor universalis wird nothwendiger Weise erfordert, daß er dergestalt an die Stelle eines andern treten muß, daß er sich alle demselben zuständige Güter, und Rechte, die auf einen andern übergehen können, zu eigen macht [r]), wie solches bey einem Universal-Erben der Fall ist, welcher alle dem Verstorbenen zuständigen Güter, und Rechte eigenthümlich überkommt. — Und auch nur hierauf zielt Paulus im *L.* 128. *D. de Reg. Iuris*, wenn er sagt:

Hi qui in Universum Ius succedunt, heredis loco habentur [52]). Daß dies aber keinesweges bey den Gläubigern der Fall ist, liegt aus der oben entwickelten Eigenschaft ihrer Rechte klar am Tage, nach welcher solche weder aus einem Eigenthum über das schuldnerische Vermögen, noch aus einer Universal-Succession, sondern allein aus dem Verhältniß, welches der Concurs hervorbringt, abgeleitet werden müssen. Und nach diesem verbleibt ja dem Schuldner das Eigenthum seiner Vermögens-Rechte, und blos die Ausübung derselben fällt den Gläubigern anheim, in so ferne sie auf ihre Befriedigung abzwecken, oder diese dadurch erreicht werden kann.

Das ganze Verhältniß, worin die Gläubiger durch das ihnen vermöge des Concurses zuständige Dispositions-Recht versetzt werden, ist dem zu folge dieses. Sie sind wie Verwalter fremder Güter und Rechte zu ihrem Vortheil zu betrachten, und die Gränzen ihrer Administration werden durch den Endzweck derselben bestimmt, den sie daher auch jederzeit vor Augen haben müssen. Daher sind sie auch, wenn sie in Gemäßheit der ihnen zuständigen Gerechtsame, etwas von dem Vermögen des Schuldners verkauft haben, und solches dem Käufer hernach abgestritten wird, nicht zur Gewährleistung demselben verbunden, sondern der Käufer hat sich an den Schuldner, in dessen Nahmen eigentlich die Güter verkauft worden, zu halten [53]) es wäre denn, daß sie die Gewährsleistung versprochen, oder wissentlich eine fremde Sache, oder die Güter des Schuldners wie ihre eigene verkauft hätten. So sind sie auch auf dem Fall zur Evictionsleistung verbindlich, wenn sie die auf den Gütern des Schuldners haftende Onera verschwiegen haben [54]), in welchem Fall die Prinzipien Platz greifen, welche dann statt finden, wenn die Eviction bey mehreren nachgesucht wird [55]).

49) *David* MEVIUS in Decis. *P.* 3. *Dec.* 329. *P.* 9. *Dec.* 66. *P.* 7. *Dec.* 137. *nr.* 4. 5. HOMMEL Rhapsod. *Obs.* 193. Ich muß hiebey noch bemerken, daß diese Rechtslehrer und andere, die ihrer Meinung beypflichten, immer den Fall der geschehenen Güter-Abtretung, entweder ausdrücklich voraussetzen, oder doch stillschweigend unterstellen, und dabey den nicht nur offenbar gesetzwidrigen, sondern auch von neueren Rechtslehrern längst verworfenen Grundsatz annehmen, als wenn durch die Güter-Abtretung das volle Eigenthum des schuldnerischen Vermögens auf die Gläubiger übergehe, womit sich denn ihre Behauptung sehr gut vereinbaren läßt.

50) *Christ. Fried. Imman.* SCHORCH in Opusculis *nr. IX. §.* 10. wo es heißt: Sunt ergo Creditores *totius iuris successores* etc.

51) Hierin eigentlich liegt die Notion eines successoris universalis, nicht aber in der Ausübung der dem anderen zuständigen Gerechtsame, und der Vertretung der Stelle desselben. Würde nicht im entgegengesetzten Fall auch der Curator prodigi s. furiosi bey dem Antritt seines Amts dessen Universal-Successor werden?

52) Daß der Rechtsgelehrte mit diesen Worten auf den donatarius omnium bonorum, oder auf einen andern zielt, der das ganze Vermögen eines anderen eigenthümlich erwirbt, ist aus der Vergleichung mit dem Erben sichtbar, der nach römischen Rechtsprincipien nur im eigentlichen Verstande als Universal-Successor betrachtet wurde.

53) Gmelin in der Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger §. VI.

54) *arg. L.* 1. *§.* 1. *L.* 13. *pr. L.* 39. *D. de act. emt. vendit. L.* 61. *D. de aedil. edict. L.* 15. *§. final D. de evict.*

55) MEISTER de Iuris vinculo quo plures pro evictione auctores tenentur. *Goetting.* 1768. §. 7.

§. 37.

Achte Fortsetzung.

Ich verlasse hiermit die erste Wirkung, welche der Concurs der Gläubiger in Rücksicht auf den Gemeinschuld-

schuldner von der einen, und die Concurs-Gläubiger von der anderen Seite hervorbringt, und wende mich nun zu der zweyten oben angegebenen Wirkung, welche darin besteht, daß der Schuldner die Disposition über sein Vermögen verliehrt in so ferne dadurch das wohlerworbene Recht der Gläubiger beeinträchtiget wird. Dieser Satz, welchen ich hier behaupte, ist der gemeinen Meinung schnurstracks entgegen; und ich weiß nur wenige Rechtslehrer [56]) für mich anzuführen, die mich außerdem noch ohne alle Gründe lassen. Alle andere Rechtslehrer setzen den Zeitpunct, wo die Disposition des Schuldners über sein Vermögen aufhört, entweder in der Güter-Abtretung, oder in dem richterlichen Verbot, fernerhin nicht über sein Vermögen zu disponiren [57]). Diesem ohnerachtet bin ich doch von der Richtigkeit meiner Behauptung so überzeugt, daß ich mich durch das Uebergewicht meiner Gegner im mindesten darin nicht wankend gemacht fühle, zumal da sie geradezu aus dem ersteren Grundsatze gefolgert werden kann, sobald sie nur gehörig, und näher bestimmt wird. Ich habe oben ausführlich erwiesen, daß die Gläubiger durch den Eintritt des Concurses das Recht erhalten, sich des Vermögens des Schuldners anzumaßen, und darüber zu ihrer Befriedigung zu disponiren, — daß diese in dem natürlichen Rechte gegründete Befugniß, durch das positive Recht, und den Gerichtsbrauch bestätiget wird. Was folgt aber hieraus? Nichts anders als dieses: daß nach der bekannten Regel — iuri respondet obligatio, dem Schuldner das Recht entzogen werden muß, über sein Vermögen zu disponiren, in so ferne diese Disposition den Gläubigern nachtheilich ist und das wohlerworbene Recht derselben beeinträchtiget. Denn sonst würde man hier offenbar von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine Ausnahme machen, wozu doch kein hinläng-

licher Grund vorhanden ist. Aus meiner Behauptung folgt also keinesweges, daß der Schuldner die Disposition über sein Vermögen gänzlich verliehrt, sondern nur in so ferne als sie den Gläubigern nachtheilig seyn kann, z. B. eine Veräußerung seines Vermögens u. s. f. oder doch wenigstens den ihnen erworbenen Rechten Hindernisse in den Weg legt, so daß diese nicht in ihrem vollen Umfange zur Ausübung gebracht werden können [58]). Das richterliche Verbot, wodurch dem Schuldner untersagt wird, fernerhin nicht mehr über sein Vermögen zu disponiren, imgleichen die Vertreibung desselben von seinen Gütern, oder die sogenannte Exmission, welche bey Concursen vorkommt, und wodurch der Schuldner aller ihm in Ansehung seines Vermögens bisher zuständigen Disposition gänzlich entsetzt wird, ist daher nur als eine in dem Gerichtsbrauch gegründete Vorsicht zu betrachten [59]), damit der Schuldner nicht etwa doch heimlich etwas zum Nachtheil der wohlerworbenen Rechte der Gläubiger in Ansehung seines Vermögens vornehmen möge [60]).

56) *Ioh. Gothofr.* SCHAUMBURG princ. prax. Iurid. Iudicior. *L.* 2. *C.* 8. §. 1. *not.* **). STRUV Syntagm. Iur. Civil. *Exercit.* 44. *Th.* 80. WERNHER Observat. forens. *P.* 3. *Obs.* 147.

57) Emelin in der Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 12. *Io. Aug.* REICHARDT in not. ad Schaumburg. prax. Iur. Iudicior. l. c. u. a. m.

58) Dahin würde z. B. gehören, wenn der Schuldner nach entstandenem Concurse eins seiner Vermögensstücke verpachten, oder mit dinglichen Lasten beschweren wollte.

59) Siehe Clapproth a. a. O. §. 25. und in seiner Iurisprudent. extraiudicial. §. 125. Aus diesem Grunde ist auch die richterliche Versiegelung der schuldnerischen Effecten eingeführt worden, wovon Clapproth a. a. O. nachgelesen werden kann.

60) Ich nehme also keinesweges an, daß der Eintritt des Concurses dem Schuldner alle Befugniß über sein Vermögen zu disponiren entziehe, sondern nur blos in so ferne als eine solche Disposition den durch den Concurs erworbenen Rechten der Gläubiger nachtheilig seyn würde. Dies folgt unleugbar, wenn anders der Satz richtig ist, daß der Concurs den Gläubigern das Recht gebe, sich an dem Vermögen des Schuldners zu erhohlen, und darüber zu ihrer Befriedigung zu verfügen, welches ich mich oben zu beweisen bemühet habe. Die gänzliche Disposition über sein Vermögen wird dem Schuldner erst durch das richterliche Verbot entzogen, so wie er sich auch derselben freywillig durch die Ergreifung der Rechtswohlthat der Güter-Abtretung begeben kann. —

§. 38.

Neunte Fortsetzung.

Außer den bisher abgehandelten Wirkungen bringt der Concurs der Gläubiger in Rücksicht auf den Gemeinschuldner von der einen, und die Concurs-Gläubiger von der anderen Seite keine weitere hervor. Das in den älteren römischen Gesetzen gegründete Recht der Gläubiger an der Person des Schuldners selbst [61]), ist durch verschiedene neuere Gesetze aufgehoben worden [62]), und auch die dahin abzweckenden Verordnungen älterer Deutscher Gesetze [63]) befolgt der heutige Gerichtsbrauch nicht mehr. Jedoch ist es den Gläubigern erlaubt, gegen den Gemeinschuldner auf gesetzmäßige Strafe zu dringen [64]), wenn derselbe zu der Classe der sogenannten Banquerutirer, oder bösen Schuldner zu rechnen ist [65])!

61) Schon vor den Zwölf-Tafel-Gesetzen gerieth der Schuldner, der seine Gläubiger nicht befriedigen konnte, in deren Sclaverey, *Christ. Gottl.* HEINDEL D. de Debitorum ante Leges XII. Tabular. fortuna Lipſ. 1754. welches aber Servius Tullius abschafte, und den Gläubigern blos ein Recht auf das Vermögen des Schuldners zugestand. Wenigstens ist nach

dem Bericht des DIONYSIUS *Halicarnass.* L. 4. *p.* 216. so viel gewiß, daß er den Vorsatz gehabt hat, die Sclaverey der Schuldner abzuschaffen, und zu diesem Ende ein besonderes Gesetz zu geben, an dessen wirklichen Erfolge auch nicht zu zweifeln ist, so sehr auch solches von *Io. Dan.* RITTER ad Heineccii historiam Iuris *L.* 1. *C.* 1. *§.* 10. bestritten worden. Man vergleiche *Henric.* MÖLLENBEC Diss. de Iure Papiriano. *Giess.* 1697. §. 21. welche auch Herr Hofrath Glück als einen Anhang der ersten Ausgabe seines Libr. Singular. de Iure Papiriano. *Hal.* 1780. hinzugefügt hat. *Io. Gottl.* HEINECCIUS Synt. antiquitat. Romanor. *L.* 3. *T.* 30. *§.* 3. Die Zwölf-Tafel-Gesetze erlaubten den Gläubigern, den Schuldner öffentlich zu verkaufen, und sich mit dem von seiner Person gelößten Gelde bezahlt zu machen. Ja! es ist noch sehr streitig, ob nicht die Gläubiger nach den Zwölf-Tafel-Gesetzen das Recht gehabt haben, den Körper des Schuldners zu zerstücken, wenigstens fehlt es nicht an Rechtslehrern, die solches behaupten, und sich dabey auf die Worte derselben: TERTIIS. NUNDINIS. PARTIS. SECANTO. SI. PLUS. MINUSVE. SECUERUNT. SE. FRAUDE. ESTO. und deren Auslegung von den älteren Scribenten berufen z. B. auf den GELLIUS in Noctib. Attic. *L.* 20. *C.* 1. und QUINCTILIANUS institution. Oratoriar. C. 6. Man sehe *Ioh. Fried.* IUGLER in dubiis de Sectione debitorum apud Romanos interpretationi Bynckershoeckianae oppositis. *Lipsi.* 1741. *Io. Gottfried* SCHAUMBURG Progr. de Sectione debitoris in partes, occasione legis decemviralis. *Ien.* 1746. Allein obgleich hier von einer Sectio in Partes die Rede ist, so ist es doch höchst wahrscheinlich, daß solches blos von einem öffentlichen Verkauf der Güter des Schuldners zu verstehen sey, und die gegentheilige Interpretation, blos auf einem unrichtigen Verstande, aus dem Zusammenhang gerissener Worte, sich begründe. Man vergleiche *Cornel.* VAN BYNCKERSHOECK Observat. Iuris Romani. *L.* 1. *C.* 1. *Io.* TAYLOR ad legem decemviralem de inope debitore in partes secando. *Cantabrig.* 1742. auch in *Dan.* FELLENBERG Iurisprudent. antiqua. *T.* 1. *p.* 565. Deutlich ergiebt sich dies, wenn man jene Worte der Zwölf-Tafel-Gesetze in ihrer Zusammenstellung mit

dem Ganzen betrachtet, worüber die Rechtslehrer nachzusehen sind, welche die Gesetze der Zwölf-Tafeln herzustellen sich bemühet haben. Siehe *Iac.* GOTHOFRED in fontibus quatuor Iuris Civilis *Tom.* 3. Thesaur. Iuris Romani *p.* 1. *Ian. Vincent* GRAVINA Origines Iuris civilis *L.* II. in dessen von *Gothofr.* MASCOV herausgegebenen Operib *pag.* 280.

62) Vergleiche ALEMANN Observationes, quibus Iuris Romani argumenta de odio debitorum Creditorum vindicta etc. illustrantur. *Goetting.* 1752. Der LEX POETELIA verordnete: pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse. LIVIUS *L. VIII. C.* 28. welcher Grundsatz auch hernach durch das Julische Gesetz noch mehr befestiget wurde.

63) Als Beyspiel davon mag folgende Verordnung des Sächsischen Landrechts 3. B. Art. 39. dienen, wo es heißt: „Wer die Schuld fordert vor Gericht auf einen Mann, „der nicht gelten mag, noch Bürgen setzen, der Richter soll ihm den Mann ausantworten für das Geld, den „soll er halten gleich seinem Eingesinde mit Speise und „Arbeit„ u. s. f. Siehe auch ENGAU de traditione debitoris ad manus Creditoris *Ien.* 1746.

64) Bey den Römern trafen den Schuldnern besonders in den neueren Zeiten verschiedene bürgerliche Strafen, wovon der in der Not. 62. angeführte Alemann nachgesehen werden kann. Wegen der sowohl in den Reichs- als besonderen Landes-Gesetzen den Schuldnern gedroheten Strafen, ist Quistorp in den Beyträgen zur Erläuterung verschiedener mehrentheils unentschiedener Rechts-Materien aus der bürgerl. und peinl. Rechtsgelahrtheit Nr. XIII. nachzulesen.

65) Wider ihr Verschulden verarmete Schuldner können sich von den gesetzlichen Strafen durch die Rechtswohlthat der Güter-Abtretung, oder wenn sie gar kein Vermögen mehr haben, woran sich die Gläubiger halten können, durch das vom Kaiser Justinian in der Nov. 135. angeordnete Beneficium Eiurationis befreyen. Ersteres wurde durch das Julische Gesetz eingeführt, und anfänglich blos den Römischen Bürgern verstattet, nachher aber allgemeiner gemacht. Siehe den *L.* 4. *C. qui bonis cedere possunt.*

und

und kann sich desselben jeder unglückliche Schuldner bedienen, ohne irgend einen Verlust an seiner Ehre befürchten zu dürfen. STRECKER de cessione bonorum famam non fugillante. *Erford.* 1729. obgleich nicht zu leugnen ist, daß sie sowohl nach römischen als deutschen Rechten sehr vielen nachtheiligen Einfluß auf die Existimation des Schuldners hat, wie PÜTTMANN in der D. de cessione bonorum contumeliosa *Lipsi.* 1784. gezeigt hat. Mit dem vom Kaiser Justinian angeordneten beneficio eiurationis, hat auch die in dem alten Salischen Gesetz T. 61. (S. GEORGISCH Corp. Iur. Germanic. antiq. p. 121.) vorkommende Procedur eine große Aehnlichkeit. Man vergleiche *Io. Wilh.* HOFFMANN Spec. Iurisprud. Symbolic. veter. Germanor. *§. VI.*

§. 39.

2) In Rücksicht auf die Concurs-Gläubiger unter, und gegen einander.

Wir kommen nun Zweytens zu den Wirkungen, welche der Concurs in Rücksicht auf die Concurs-Gläubiger unter, und gegen einander hervorbringt, die ebenfalls von nicht geringer Wichtigkeit sind. Ich werde bey der Entwickelung derselben mich wiederum aller nur möglichen Präcision zu befleißigen suchen, indem die Entscheidung so mancher streitigen in der Folge vorkommenden Fragen hierauf begründet werden muß. Sie bestehen in folgenden:

1) Werden sogleich durch den Eintritt des Concurses die Rechte aller Gläubiger gleich gemacht? Dies will nicht so viel sagen, als wenn denjenigen Gläubigern, welchen ein vorzügliches Recht nach den Gesetzen auf ihre Befriedigung zusteht, solches durch das Entstehen des Concurses geschmälert, und sie wegen ihrer Forderungen den minder bevorzügten, oder sogenannten schlechten Gläubigern gleich gestellet würden, indem solches ja ganz vernunftwidrig seyn würde, — nein! sondern durch jenen Satz soll

blos

blos dieses angedeutet werden: daß so lange der Richter, über die Richtigkeit und den Vorzug ihrer Forderungen noch nicht entschieden hat, keiner von ihnen seine Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners erlangen darf [66]). Dieser Grundsatz, welcher aus der, durch die Insolvenz des Schuldners hervorgebrachten Connexität der verschiedenen Anforderungen der Gläubiger abgeleitet werden muß [67]), ist so allgemein, daß nach entstandenem Concurse, auch eine sonst noch so sehr von den Gesetzen begünstigte Verbindlichkeit, gegen den Schuldner nicht dergestalt in Anrege gebracht werden kann, daß die Befriedigung derselben erfolgte. So z. B. ist die Wechsel-Verbindlichkeit von den Gesetzen noch so sehr privilegirt, und demohnerachtet kann nach entstandenem Concurse, der Wechsel-Gläubiger seine Befriedigung nicht aus dem Vermögen des Schuldners sogleich fordern, sondern ist verbunden, das Ende des Concurses, und die richterliche Locations-Sentenz abzuwarten, obwol ihm die Befugniß nicht abgesprochen werden kann, den Schuldner vermöge der Wechsel-Verbindlichkeit zum persönlichen Verhaft zu bringen [68]). — Und eben das gilt von allen übrigen Verbindlichkeiten, welche durch den executivischen Proceß verfolgt werden, der in den meisten Provinzen Deutschlands dem zu statten kommt, welcher klare Briefe und Siegel für sich hat. Ja! wenn auch ein Gläubiger durch ein noch so rechtskräftiges Urtheil ein Recht gegen den Schuldner erstritten hätte, so hindert doch der Eintritt des Concurses die Vollstreckung desselben, indem nun zwischen der Angelegenheit dieses Gläubigers, und den Angelegenheiten der übrigen Concurs-Gläubiger eine Connexität entsteht, welche die wirkliche Befriedigung bis auf die vom Richter bestimmte Ordnung, in welcher die allgemeine Befriedigung aller Gläubiger erfolgen soll, aufschiebt [69]). Gleichergestalt hindert auch der Concurs alle Immissionen, und Adjudicationen eines

nes oder des anderen Gläubigers, indem diese Handlungen darauf abzwecken, einen Gläubiger zu seiner Befriedigung zu verhelfen. Aus diesem durch den Concurs hervorgebrachten Verhältniß der Gläubiger zu einander, entspringt auch 1) das Interventions-Recht der Gläubiger, vermöge welchem sie auf dem Fall, wenn der Richter einem oder dem anderen aus ihrem Mittel, vor gefällter Locations-Sentenz zu seiner Befriedigung verhelfen, oder demselben sonstige Vortheile einräumen wollte, sich ins Mittel schlagen, und solches behindern können [70]), imgleichen 2) das Recht, die nach eingetretenen Concurs durch die Vollstreckung einer richterlichen Sentenz, oder auf eine andere Art erfolgte Befriedigung eines Gläubigers oder die ihm verwilligte Immission, oder Adjudication, als ungültig zu impugniren, die demselben geleistete Zahlung zur Concurs-Masse zurückzufordern [71]), und denselben zu zwingen in Ansehung seiner Befriedigung abzuwarten, welcher Platz ihm durch den Richter bey der Classification aller Gläubiger werde angewiesen werden.

66) Die Richtigkeit dieses Satzes ergiebt sich schon aus der Eigenschaft des ganzen Concurs-Wesens, und wird noch überdem durch die Analogie der Gesetze unterstützt. Man sehe den *L.* 6. §. 7. *D. quae in fraud. Creditor:* wo es heißt: qui vero post bona possessa debitum suum recepit, tunc in portionem vocandum, exaequandumque caeteris creditoribus, neque enim debuit praecipere caeteris post bona possessa, cum iam *par* omnium *Conditio* facta esset.

67) Diese Connexität hat nicht, wie SCHAUMBURG l. c. §. 3. not. *) glaubt, in der durch den Concurs unter den Gläubigern hervorgebrachten Gemeinschaft, wovon ich gleich mit mehreren handeln werde, ihren Grund, sondern ist allein in der, durch die Gesetze und dem Gerichtsbrauch, eingeführten Ordnung, in welcher die Gläubiger befriediget werden müssen, zu suchen.

68) v. PUFFENDORFF Observat. Iur. Universi. *T.* 4. *Obs.* 33. *Christ. Iac.* VEIEL de Iure perso-

nam

nam debitoris non abstante concursu creditorum ex cambio persequendi ac detrudendi in carcerem. *Ien.* 1749. Es kann sich auch der Schuldner von dem Wechsel-Arrest nicht durch die Ergreifung der Rechts-Wohlthat der Güter-Abtretung befreyen, indem er durch die Contrahirung der Wechsel-Verbindlichkeit darauf stillschweigend Verzicht geleistet hat. Siehe OLEARIUS de renunciatione cessionis bonorum a debitore facta *Lipſ.* 1703. *Io. Aug.* HELLFELDT Iurisprudentia forensis §. 1803.

69) Struben in den rechtl. Bedenk. 4. Th. 37. B. WERNHER Obs. forens. *T. II. P. VIII. Obs.* 271. MEVIUS in Decis. *P. VI. Dec.* 103. CANNEGIESER in Decis. summ. appellat. Senat. Hass. Cassel. *T.* 2. *Dec.* 247. So allgemein auch dieser Satz von den Rechtslehrern vertheidiget wird, so wollen doch viele davon alsdann eine Ausnahme gemacht wissen, wenn das Vorzugs-Recht eines Gläubigers, nach vorgängiger Berichtigung seiner Forderung völlig klar ist, und derselbe sein Geld nothwendig braucht. Man sehe BRUNNEMANN de Processu concursus Creditorum. *C.* I. *§.* 8. *nr.* 5. LEYSER Meditat. ad Pandect. *Spec.* 479. *in Coroll.*, welche Behauptung auch meiner Meinung nach sehr wohl mit den vorgetragenen Grundsätzen bestehen kann, vorausgesetzt, daß nur das Vorzugs-Recht dieses Gläubigers vor allen anderen völlig liquid ist, und von den anderen Gläubigern aus keinem legalen Grunde bestritten werden kann.

70) MAURITIUS de Iure Interventionis §. 23. *seq.* Eben daher entspringt auch die Befugniß der Gläubiger alsdann ins Mittel zu treten, wenn etwa der zur Untersuchung der Schulden-Richtigkeit bestellte Contradictor seinem Amte nicht treu obliegt, sondern einem Gläubiger in Ansehung seiner Forderungen mehr einräumt, als ihm doch den Rechten nach zugestanden werden kann, oder einem Vindicanten bey der Ausübung des Vindications-Rechts durch die Finger sieht. Man vergleiche Ludovici im Concurs-Proceß. Cap. 5. §. 6.

71) Jedoch behauptet Berger in electis disceptat. forenslib. Supplem. *P.* 2. *T.* 41. *Suppl.* 1. daß solches den Gläubigern nur alsdann erst zu gestatten sey, wenn

wenn nach der Locations-Sentenz aus dem Bestand der Güter-Masse erhellt, daß sie dadurch zu kurz gekommen sind, vorausgesetzt daß der Gläubiger, der seine Bezahlung im voraus empfangen hat, hinlängliche Caution wegen der Rückgabe zu bestellen im Stande ist.

§. 40.

Fortsetzung.

Aus dieser ersten Wirkung, welche der Concurs in Rücksicht auf die Gläubiger unter, und gegen einander hervorbringt, muß auch die Entscheidung der streitigen Frage hergenommen werden: Ob mit dem Eintritt des Concurses der Zinsen-lauf derjenigen Forderungen gehemmet werde, wegen welcher die Gläubiger an den Gemeinschuldner Ansprüche machen, und deren Befriedigung sie begehren, oder ob solcher bis zu Ende des Concurses, oder so lange fortdaure, als die wirkliche Befriedigung noch nicht erfolgt ist. In dem römischen Recht ist diese Frage, wie Gmelin[72]) glaubt, keinesweges entschieden. Denn der *L.* 18. *D. qui potiores in pignor.* worauf er sich zur Unterstützung seiner Behauptung begründet, redet von einem ganz anderen Fall, nemlich davon: Ob der erste Pfand-Gläubiger dem letzteren auch in Ansehung derjenigen Zinsen, welche nach der zweyten Verpfändung allererst aufgelaufen sind, vorgezogen werden müsse, welches daselbst bejahet wird. Die Worte des Gesetzes sind so klar, daß sie ohne alle Interpretation selbst reden können. Lucius Titus (heißt es daselbst) pecuniam mutuam dedit sub usuris acceptis pignoribus: eidemque debitori Maevius sub iisdem pignoribus pecuniam dedit: Quaero an Titius non tantum sortis, et earum usurarum nomine, quae accesserunt, antequam Mevius crederet, *sed etiam earum quae postea accesserunt*, potior esset? Respondit Lucium Titium, in omne quod ei debetur, potiorem esse. Aus der ganzen Fassung des Gesetzes, und

aus

aus allen Umständen, die dasselbe unterstellt, leuchtet es deutlich hervor, daß aus demselben, auch nicht einmahl eine analogische Beantwortung dieser Frage hergenommen werden kann, welche sich lediglich auf das, durch den Concurs entstandene, Verhältniß in Ansehung der gläuberischen Forderungen begründet. — Und da diese Frage eben so wenig in anderen gemeinen Rechten ausdrücklich entschieden ist, so bleibt nichts übrig als sie aus der Natur der Sache zu entscheiden.

Der Zinsen-lauf der gläuberischen Forderungen kann durch den Eintritt des Concurses nicht gehemmt werden, wenn nicht besondere Landes-Gesetze solches verordnen, sondern muß bis auf die Zeit der wirklichen Befriedigung fortdauren, indem der Concurs keinem Gläubiger etwas von seinen wohlerworbenen Rechten entzieht, am allerwenigsten bewirkt, daß zu der Größe derselben, welche sie bey dem Eintritt des Concurses hatte, nichts weiter hinzutreten und selbige vermehren kann, sondern blos unter ihren Forderungen in Rücksicht auf die Befriedigung derselben, bis auf die Zeit, wo der Richter den Vorzug bestimmt hat, nicht aber unter den Forderungen an sich selbst, eine Gleichheit hervorbringt. Alles also was während dieser Zeit zu ihren Forderungen noch gesetzmäßig hinzutritt, muß als ein Theil derselben betrachtet werden, und ist ebenfalls der Gegenstand, dessen Befriedigung von ihnen nachgesucht werden kann [73]). Denn weder das ganze Concurs-Wesen, noch das durch dasselbe zwischen den Gläubigern hervorgebrachte Verhältniß, bringt eine Aenderung in Ansehung der Verbindlichkeit des Schuldners, und den sich darauf beziehenden Rechten der Gläubiger hervor [74]), sondern es bleibt hier bey der allgemeinen Regel, daß Zinsen so lange fortlaufen, bis die Entrichtung des Capitals geschehen ist.

72) In der Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 37.

73) Man vergleiche *Fried. Esaias* PUFFENDORFF de cursu usurarum post motum concursum in Ej. Observat. Iur. Univers. *P.* 1. *nr.* 235. *Peter* BUCHER D. Num moto concursu cursus Usurarum sistatur? *Rinteln* 1774. Kraft a. a. O. §. 178. f. Struben in den rechtlichen Bedenken. Th. 3. B. 33. Runde deutsches Privatrecht §. 206. Beym Reichs-Cammer-Gericht wird sogar, wie Hoffmann in der Reichs-Praxis. 2. Th. 58. Cap. §. 1231. bezeugt, der Zinslauf nach entstandenem Concurs ultra alterum tantum zugelassen.

74) Mevius in Decision. *P.* 7. *Dec.* 245. glaubt, daß alsdann, wenn der Schuldner seine Güter abgetreten hat, seine Verbindlichkeit gegen die Gläubiger aufgehoben sey, welches aber klaren Gesetzen entgegen ist. Seine aus diesem Princip abgeleitete Distinction, nach welcher zwar nicht gegen den Schuldner, wohl aber gegen die Gläubiger unter einander der Zinsenlauf fortdaure, ist daher nicht allein ganz unnütz, sondern auch offenbar widernatürlich, und beruht ohne allen Zweifel auf einen schiefen Begriff von der unten vorkommenden gläuberischen Repräsentation.

§. 41.

Fortsetzung.

Eine andere hieher gehörige Wirkung ist

2) die, daß mit dem Eintritt des Concurses gleichsam eine gesellschaftliche Verbindung oder Gemeinschaft unter den Gläubigern hervorgebracht wird. Diese Gemeinschaft muß aus dem durch den Concurs unter den Gläubigern entstandenen Verhältniß abgeleitet, und auch nur nach demselben beurtheilet werden [75]). Sie hat zur Folge,

A) daß die Gläubiger bey der Disposition über das Vermögen des Schuldners, und dem Betrieb anderer das Concurs-Wesen betreffenden Angelegenheiten nur gemeinschaftlich handeln können. Alle Rechte also, die der Concurs den Gläubigern verleiht, und wovon ich oben ausführlich gehandelt habe, stehen ihnen nur gemeinschaftlich, und keinem

nem besonders der Ausübung nach zu. So ausgemacht dieser Satz auch im allgemeinen ist, so wenig scheint mir doch der Punct berichtiget zu seyn: Ob hier durchgehends die Grundsätze von Gesellschaften und deren Rechten statt finden können, besonders ob bey gemeinschaftlichen Beschlüssen der Gläubiger im Betreff des Concurswesens durchgängig die Mehrheit der Stimmen anzunehmen sey, oder ob zu ihrer Gültigkeit und Wirkung die Einhelligkeit der Stimmen erfordert werde. Die Gesetze entscheiden hier nichts im allgemeinen, sondern alle hieher gehörige gesetzliche Verordnungen beziehen sich blos auf specielle Fälle, die nimmermehr, als allgemeine Entscheidungen zum Grunde gelegt werden können. Es bleibt daher nichts übrig als diesen Punct aus der Natur und Eigenschaft, dieser unter den Gläubigern durch den Concurs hervorgebrachten Gemeinschaft selbst zu entscheiden.

Meiner Einsicht nach kann in der Regel bey den Beschlüssen der Gläubiger, welche ihre Disposition über das schuldnerische Vermögen, und die ihnen wegen derselben zuständigen Gerechtsame zum Gegenstande haben, die Mehrheit der Stimmen nicht den Ausschlag geben, wenn nicht solche in einem, oder dem anderen Fall von den Gesetzen ausdrücklich anerkannt ist, z. B. bey der Bestellung eines Güter-Vertreters (man sehe §. 17.), und den Nachlaß-Verträgen, von welchem letzteren Punct unten mit mehreren vorkommen wird; sondern blos durch einmüthige Stimmen kann in diesen Angelegenheiten etwas festgesetzet werden, indem der Zweck, welcher bey dieser gemeinschaftlichen Verfügung zum Grunde liegt, nicht als eine causa Societatis allein, sondern auch zugleich wie eine causa singulorum angesehen wer-

den muß. So widersinnig dieser letztere Satz beym ersten Anblick zu seyn scheint, so wenig ist er es doch, wenn man in dem Inneren desselben gehörig eindringt. Denn ist hier gleich der Zweck der Dispositon der Gläubiger über das Vermögen des Schuldners, und anderer ihnen wegen des Concurses zuständigen Gerechtsame, allgemein die Erhaltung ihrer Befriedigung, so ist doch derselbe wiederum bey einem jeden Gläubiger insbesondere, auf die Größe seiner Forderungen gerichtet, die ihn nur besonders interessirt, gleichwol aber mit dem allgemeinen Zweck in der genauesten, und unzertrennlichsten Verbindung steht, und fast bey einer jeden nur gedenkbaren Disposition der Gläubiger über das schuldnerische Vermögen, oder der Ausübung anderer ihnen in Hinsicht auf das Concurs-Wesen zuständigen Gerechtsame mit in Collision geräth. Diese in der Natur der Sache liegende Wahrheit, wird auch durch die in den Gesetzen enthaltene Fälle, wo die Mehrheit der Stimmen der Gläubiger den Ausschlag giebt, und die als Ausnahme von der Regel zu betrachten sind, stillschweigend bestätiget. Denn die Gesetze geben nur der Mehrheit der Stimmen der Gläubiger da das Uebergewicht, wo entweder die Gerechtsame der Gläubiger von der Beschaffenheit sind, daß dadurch ein Gläubiger besonders entweder gar nicht, oder doch nicht wahrscheinlich gefährdet werden kann, oder auch das Beste des Schuldners, den die Gesetze, wenn er durch Unglücks-Fälle in den verschuldeten Zustand gerathen ist, so viel als möglich begünstiget wissen wollen, solches erheischt, wie dieses z. B. bey den Nachlaß-Verträgen der Fall ist.

Erzeugt also gleich der Concurs eine Gemeinschaft unter den Gläubigern, und einen daher entsprin-

springenden gemeinschaftlichen Betrieb ihrer Angelegenheiten, so wird doch dadurch 1) kein gemeinschaftlicher Betrieb ihrer Forderungen hervorgebracht, sondern jedem Gläubiger bleibt der Betrieb seiner Forderung für sich selbst überlassen, indem sich die Gemeinschaft, die der Concurs unter den Gläubigern hervorbringt, blos auf die ihnen, wegen des Concurs-Wesens im allgemeinen, zuständigen Gerechtsame einschränkt. Jeder Gläubiger betreibt dahey seine Angelegenheit für sich besonders, und sucht derselben so viel als möglich den besten Ausgang zu verschaffen. Eben so wenig hindert 2) diese durch den Concurs unter den Gläubigern hervorgebrachte Gemeinschaft, einzelne Gläubiger solche Gerechtsame, die sonst nur eigentlich als gemeinschaftliche Gerechtsame zu betrachten sind, für sich besonders auszuüben, wenn sie nemlich nach der besonderen lage der Sache nur diese Gläubiger interessiren [76]). Ferner

B) hat auch diese Gemeinschaft zur Folge, daß bisweilen ein Recht, welches eigentlich nur einem Gläubiger zuständig ist, auch den übrigen mitgetheilet wird. Dies ist alsdann der Fall, wenn dieses Recht nicht die Forderung eines Gläubigers selbst, und deren Vorzug berücksichtiget, sondern blos nur bey Gelegenheit derselben entstanden ist, und allen Gläubigern nützlich seyn kann. Ein eclatantes Beyspiel davon führt Gmelin [77]) an: z. B. Wenn der Schuldner auch nur in Ansehung eines einzigen Gläubigers durch seine betrügliche Handlung sich der Rechtswohlthat der Güter-Abtretung verlustig gemacht hätte, so können alle übrige Gläubiger daraus eine gegründete Ausflucht hernehmen, ihn solcher Rechtswohlthat für verlustig zu erklären, mithin hier gleichsam ex Iure tertii gegen den Schuldner excipiren.

75) Sehr treffend drückt sich über diese Gemeinschaft *Io. Gothofr.* BAUER in dem oben angeführten Programm Opuſculor. *P.* I. *p.* 392. in folgenden Worten aus. Quemadmodum (sagt er) concurſus Creditorum Iudicium fundat Univerſale, ita creditores confluentes SUO MODO conſtituunt *univerſitatem perſonarum*, dum *res debitoris habent communes* et *arcam communem*. Man vergleiche auch Emelin a. a. O.

76) So ist z. B. das Recht der Gläubiger, die von dem Gemeinschuldner unternommenen ihnen nachtheiligen Veräußerungen durch die Paulianische Klage zurückzurufen eigentlich ein gemeinschaftliches Recht, wird aber bisweilen auch nur von einigen Gläubigern gebraucht, wenn nur diese dadurch verletzt sind.

77) a. a. O. §. 22.

§. 42.

Fortsetzung.

Endlich

3) bringt auch noch der Concurs der Gläubiger in Rücksicht auf die Gläubiger unter, und gegen einander die Wirkung hervor, daß die Gläubiger, wenn zuvörderst ihre Forderungen in Richtigkeit gesetzt sind, und sie sich nicht gütlich wegen ihrer Befriedigung mit einander vereinbaren können, nunmehr über den Vorzug und die Erstigkeit derselben mit einander streiten müssen, welches man das Prioritäts-Verfahren (disputatio super prioritate creditorum) nennt [78]).

78) SCHAUMBURG l. c. §. 14. Justus Clapproth vom Concurs-Proceß S. 103. Kraft practische Anmerkungen über den Concurs-Proceß §. 11. welcher von dem Verfahren der Gläubiger über den Vorzug und die Erstigkeit ihrer Forderungen weitläuftig gehandelt, und die dahin gehörigen practischen Fragen sehr gründlich erörtert hat.

§. 43.

3) In Rücksicht auf die Concurs-Gläubiger von der einen, und einem Dritten von der anderen Seite. Bestehen in der Repräsentation der Gläubiger.

Auch drittens in Rücksicht auf die Concurs-Gläubiger von der einen, und einem Dritten von der anderen Seite bringt der Concurs Wirkungen hervor, die von nicht geringer Erheblichkeit sind. Unter einem Dritten verstehe ich hier eine solche Person, die weder ein Concurs-Gläubiger, noch der Schuldner selbst ist [79]). Diese Wirkungen bestehen zusammengenommen darin, daß die Concurs-Gläubiger den Schuldner sowohl active als passive repräsentiren. Diejenigen Rechtslehrer, welche das Concurs-Wesen nicht aus richtigen Principien herleiten, verstehen unter dieser Repräsentation der Gläubiger ganz allgemein den Umstand, wo die Gläubiger gegen einen Dritten als Repräsentanten des Schuldners, alle demselben zuständige Gerechtsame ausüben können, dahingegen aber auch dieser Dritte die Erfüllung der Verbindlichkeiten, womit ihm der Schuldner verhaftet ist, von den Gläubigern fordern könne, oder kürzer gesagt, wo die Gläubiger dergestalt an die Stelle des Schuldners treten, daß sie im Verhältniß gegen einen Dritten, eben so als der Schuldner selbst zu betrachten sind. Allein wollte man eine solche Repräsentation des Schuldners auf Seiten der Gläubigerschaft, ohne alle nähere Bestimmung annehmen, so würde daraus unausbleiblich dasselbe Verhältniß entstehen, welches zwischen den Erben als Repräsentanten des Erblassers, und einem Dritten durch die Erbfolge hervorgebracht wird. Angesehene Rechtslehrer haben sich daher bemühet, diesen so schwankenden Begriff von der gläuberischen Repräsentation näher zu bestimmen, und dadurch Ungereimtheiten auszuweichen, die sonst ohnfehlbar daraus entstehen würden, wenn man denselben so gera-

dezu annehmen wollte. So z. B. unterscheidet Herr Geheim-Justiz-Rath Walch [80]), zwischen Rechte und Verbindlichkeiten des Schuldners. In Ansehung der ersteren läßt er eine solche Repräsentation der Gläubiger zu, in so ferne diese Rechte das Vermögen des Schuldners betreffen, und von dessen Verfügung abhängig waren. In Ansehung der letzteren hingegen nur in so ferne, als diese Verbindlichkeiten zu den dinglichen zu rechnen sind. Was die persönlichen Verbindlichkeiten anbetrifft, so scheint derselbe hier die Repräsentation des Schuldners auf Seiten der Gläubigerschaft, in Verhältniß zu einen Dritten, gänzlich zu leugnen, denn die Ausnahme, welche er hinzufügt, betrifft blos die Gläubiger unter sich, nicht aber im Verhältniß zu einen Dritten. De *personalibus* tamen (schreibt er) (sc. obligationibus) tam *mediatis* quam *immediatis*, non nisi *adhibito discrimine* adferere possumus, *concursum personam debitoris sui in iis repraesentare*, ac pro una persona cum illo esse habendum. Si sine ulla distinctione id statuere vellemus, quilibet creditor solutionem debiti sui poscere posset a reliquis creditoribus; neque distinguere deberet, num massa bonorum eam classem attingeret, in qua locum sibi vindicare posset; nec ne? quod quidem naturae processus concursus prorsus adversaretur. Hanc ob rem haud fallimur, ubi quidem ratione eorum, ad quos quidquam pro ordinis ratione perveniat, iam liquet, minime autem ratione reliquorum, successionem creditorum coniunctim sumtorum in locum debitoris admittamus. Auf eine andere Art bestimmt Nettelbladt [81]) diese gläuberische Repräsentation, wenn er sagt: creditores debitorem communem *active*, et *passive* repraesentant *in iis quae patrimonium eius concernunt*.

Meines Dafürhaltens besteht diese gläuberische Repräsentation darin, daß die Gläubiger bey der Befugniß, welche sie durch den Concurs an dem Vermögen des

Schuldners erhalten, gegen einen Dritten eben so wirksam handeln können, als der Schuldner selbst, dahingegen aber auch in mancher Rücksicht Verbindlichkeiten, die der Schuldner gegen einen Dritten [82]) auf sich hatte, zu erfüllen gehalten sind. In dem ersteren Fall nenne ich solches eine active, im letzteren Fall aber eine passive Repräsentation der Gläubiger. Von dieser beiderseitigen Repräsentation werde ich hernach ausführlicher handeln, und die Grenzen einer jeden genau zu bestimmen suchen; jetzt wird es nur vor allen Dingen nöthig seyn zu untersuchen: welches der wahre Grund dieser Repräsentation sey, weil sonst immer die nähere Bestimmung derselben schwankend bleiben muß.

79) Aus dieser Bestimmung ergiebt es sich offenbar, daß auch der Vindicant beym Concurse, als ein Dritter zu betrachten ist, wenn er sein Eigenthum aus der Concurs-Masse zurückfordert, obgleich von ihm hier die Rede nicht ist.

80) in der D. de Compensatione in concursu creditorum §. XI.

81) in Systema. element. Iurisprudent. posit. Germanor. commun. general. §. 805.

82) Verbindlichkeiten, die der Schuldner gegen einen wahren Concurs-Gläubiger auf sich hat, kann diese Repräsentation nach allen vernünftigen Begriffen gar nicht betreffen, indem die Repräsentation, wovon hier die Rede ist, ein Prädicat ist, welches nicht einem einzigen Gläubiger, sondern allen Gläubigern in corpore beygelegt wird.

§. 44.

Grund dieser Repräsentation.

Ueber den wahren Grund der im vorigen Paragraphen gedachten Repräsentation der Gläubiger, sind die Rechtslehrer in ihren Meinungen sehr getheilt. Sie, die sich bisweilen über deutliche Gesetze nicht vereinbaren können, lassen am allerwenigsten da eine Eintracht er-

warten, wo alle gesetzliche Entscheidung fehlt, und die Frage entweder aus der Analogie der Gesetze, oder wohl gar aus der Natur der Sache, wie hier größtentheils der Fall ist, ihre Bestimmung erhalten muß. Denn finden sich gleich in den Gesetzen verschiedene Spuren dieser gläuberischen Repräsentation, so sind doch selbige einestheils viel zu geringe, anderentheils zu speciell, als daß aus ihrer Zusammenstellung ein allgemeiner gesetzlicher Grund derselben herausgebracht werden könnte. David Mevius [83]) und mit ihm Hommel [84]) und Leyser [85]), welche die Gläubiger als successores Universales des Schuldners ansehen, und in dieser Qualität völlig den Erben gleich achten, tragen auch im mindesten kein Bedenken, die Universal-Succession als den einzigen, und allein richtigen Grund dieser gläuberischen Repräsentation anzunehmen. Allein da alle diese Rechtslehrer eine vorhergegangene Güter-Abtretung auf Seiten des Schuldners zum Grunde legen, und ferner annehmen, daß dadurch das Eigenthum des ganzen schuldnerischen Vermögens auf die Gläubiger übergehe, ich aber oben bereits erwiesen habe, daß die Güter-Abtretung beym Concurse nicht immer vorkomme, sondern als ein außerwesentliches Stück anzusehen sey, wovon keine allgemeine Lehrsätze abgezogen werden können, sondern welche höchstens eine oder die andere Abweichung von den sonstigen Principien hervorzubringen im Stande ist; — ferner daß durch den Gebrauch dieser Rechtswohlthat das Eigenthum des schuldnerischen Vermögens nicht auf die Gläubiger übergehe, sondern nach deutlicher Verordnung der Gesetze nach wie vor bey dem Schuldner verbleibe: So ist es wol keine Verwegenheit, wenn ich diesen Grund der gläuberischen Repräsentation nicht nur als viel zu einseitig, sondern auch noch dazu als völlig gesetzwidrig gänzlich verwerfe, und behaupte, daß ein anderer Grund derselben aufgefunden werden müsse, der allgemein ist, und bey allen Concursen angenommen wer-

werden kann, es möge dabey eine Güter-Abtretung vorgekommen seyn, oder nicht. Einen solchen allgemeinen Grund finde ich aber von keinem Rechtslehrer, außer von Christian Immanuel Friedr. Schorch [86]) angegeben, welcher selbst den von Mevius, und anderen oben erwähnten Rechtslehrern aufgestellten Lehrsatz, theils als zu einseitig, theils als völlig unzureichend verwirft, demohnerachtet aber die Universal-Succession der Gläubiger, als den einzig richtigen Grund dieser Repräsentation angiebt, und solchen folgendergestalt vertheidiget. Durch den Concurs, sagt dieser Rechtslehrer, gehe ja das sämmtliche Vermögen des Schuldners mit allen darauf sich beziehenden Rechten, sowol ohne Güter-Abtretung, als am meisten, wenn diese dabey vorkommt, auf die Gläubiger über. Nun aber werde derjenige, der des andern sämmtliches Vermögen zu occupiren berechtiget sey, und solches wirklich occupirt habe, von den Rechtslehrern unter Beystimmung der Gesetze, als ein Universal-Successor desselben angesehen, mithin da eben dieses bey den Gläubigern der Fall sey, so mußten auch diese wie successores universales betrachtet, und die Universal-Succession als der alleinige Grund ihrer Repräsentation angenommen werden. Wäre diese Behauptung richtig, welche sonderbare Beschaffenheit würde da diese gläuberische Repräsentation erhalten? Würde man da nicht ohne alle Schwierigkeit den Schluß machen können, daß die Repräsentation der Gläubiger völlig nach der eines Erben beurtheilet werden müsse, weil sie aus einem gleichen Grunde abgeleitet wird, welches doch der angeführte Rechtslehrer selbst keinesweges angenommen wissen will. Allein nun habe ich oben ausführlich erwiesen: daß wenn jemand als ein Universal-Successor eines anderen betrachtet werden soll, dessen gesammtes Vermögen auf ihn mit Eigenthums-Recht übergehen müsse, — und eben so ausführlich; daß ein solcher Uebergang des schuldnerischen

Ver-

Vermögens auf die Gläubiger durch den Concurs nicht bewirket werde, selbst auch dann nicht, wenn gleich die Güter-Abtretung dabey vorgekommen ist. Fällt also alle Idee von Universal-Succession der Gläubiger beym Concurse gänzlich weg; so ist auch wol nichts natürlicher, als daß darauf, als einer nicht vorhandenen Sache, die Repräsentation der Gläubiger nicht gebauet werden kann, sondern ein anderes Princip ausfindig gemacht werden muß, woraus sie nicht nur hergeleitet, sondern auch näher bestimmt werden kann. Und da dieses noch immer von den Rechtslehrern verfehlt worden, so konnte es auch nicht fehlen, daß sie bey der Bestimmung der Grenzen der gläubigerischen Repräsentation, wenn sie sich dieses Geschäfts etwa unterziehen wollten, entweder in Irrthümer geradezu verfielen, oder auch, um solche zu vermeiden, sich hinter Spitzfindigkeiten zu verstecken suchten.

Der einzige wahre, und allein richtige Grund der gläubigerischen Repräsentation ist in der durch den Eintritt des Concurses begründeten Befugniß derselben, an dem Vermögen des Schuldners, und in der Lage, in welcher die Gläubiger bey der Ausübung derselben nach verschiedenen Umständen gerathen, zu suchen. Nur in soferne als sie hieraus gefolgert werden kann, muß sie auch nur als begründet angenommen, und darnach die Grenzen derselben bestimmt werden, wenn nicht Gesetze eine Erweiterung oder Einschränkung an die Hand geben. Legt man diese Richtschnur zum Grunde, so fällt es im mindesten nicht schwer sowohl von der activen, als passiven Repräsentation der Gläubiger sich richtige Begriffe zu bilden, und so wenig den Gläubigern, als einem Dritten zu nahe zu treten, welches sonst sehr leicht geschehen kann.

Dies vorausgesetzt schreite ich nun zur speciellen Behandlung dieser gedoppelten Repräsentation der Gläubiger, und will mit der activen den Anfang machen.

83) in Decisionib. *P.* 3. *Dec.* 369. *P.* 9. *Decis.* 66. *P.* 7. *Dec.* 151. Nr. 4. und 5.

84) in Rhapsod. Quaestion. *Obs.* 193.

85) in Meditationib. ad Pandect. *Spec.* 173. *Med.* 4. und *Spec.* 220. *Med.* 6.

86) in Opusculis. *Nr. IX. §. X.*

§. 45.

1) Von der activen Repräsentation der Gläubiger.

Die active Repräsentation der Gläubiger besteht darin, daß die Gläubiger bey allen ihnen in Ansehung des schuldnerischen Vermögens zuständigen Gerechtsamen in Hinsicht auf einen Dritten eben so angesehen werden, als wenn der Schuldner selbst handelte. Sie können daher 1) so weit als ihre durch den Concurs begründete Befugniß es zuläßt, von allen dem Schuldner gegen einen Dritten zuständigen Rechten einen wirksamen Gebrauch machen, und dieser Dritte ist solche gegen sich gelten zu lassen verbunden. liegt bey dem Concurse eine Güter-Abtretung zum Grunde, so hat dieser Satz um so weniger eine Schwierigkeit, als der Schuldner sein Vermögen den Gläubigern zu ihrer Befriedigung abtrat, und derselben die Ausübung seiner Vermögens-Rechte gestattete, welches der Dritte anzuerkennen verbunden ist. Aber auch dann, wenn keine Güter-Abtretung geschehen ist, verleiht schon der Concurs selbst den Gläubigern diese Gerechtsame, die der Dritte nicht zu behindern berechtiget seyn kann. Vindiciren daher die Gläubiger eine dem Schuldner zugehörige bey einem Dritten sich befindende Sache, oder stellen Klagen gegen ihn an, die dem Schuldner gegen demselben zustunden, so kann der Dritte diesem nicht die Ausflucht entgegen setzen, daß die Gläubiger ex Iure tertii nicht zu handeln berechtiget wären, indem in Ansehung seiner solches eben so wirksam ist als wenn es der Schuldner selbst thäte. Hieraus

muß

muß auch die so wichtige als streitige Frage entschieden werden: ob die Gläubiger den von dem Schuldner über fremde Vermögensstücke abgeschlossenen Pacht-Contract, wenn sie dabey Vortheil zu finden glauben, nach entstandenem Concurse fortzusetzen berechtiget sind, oder ob nicht vielmehr der Verpächter dagegen protestiren, und die verpachteten Grundstücke zurücknehmen könne. Herr G. J. R. Böhmer [87]) leugnet solches geradezu. Es sey mir erlaubt die Gründe dieses verdienstvollen Gelehrten mit seinen eigenen Worten anzuführen. Sed nec creditoribus (schreibt er) ius ex conductione sui debitoris tribuendum est, ad quos nec obligationem ex eodem contractu pertinere vidimus: cum ex bilaterali contractu ei ius haud nascatur, ad quem obligatio transit. Accedit quod Iura Creditorum in bona debitoris, arto concursu, vel ex *missione in bona*, vel ex eorundem *cessione* derivanda sint. Ex missione in bona vero, vel ideo competere nequit, quod praetor bona debitoris intelligat, quae a creditoribus possideri iubet, talia videlicet, quorum distrahendorum potestatem, in qua vis omnis missionis continetur, facere potest. Talia non sunt *bona aliena* debitori obaerato in *conductionem* dota. Sed nec ex *cessione bonorum* ius in conductionem debitoris deduci potest, cum et haec ad sola debitoris bona pertineat, quae venire, et distrahi possunt, non vero ad bona ipsi in conductionem dota. Dahingegen fehlt es aber auch nicht an angesehenen Rechtslehrern, welche das Gegentheil behaupten [88]).

Prüft man die Sache nach allen individuellen Umständen, so läßt sich mit gutem Grunde behaupten, daß die Gläubiger allerdings zur Fortsetzung des von dem Gemeinschuldner über fremde Vermögens-Stücke abgeschlossenen Pacht-Contracts berechtiget sind, und der Verpächter nicht bey entstehendem Concurse über des Pächters Vermögen seine Grundstücke zurücknehmen dür-

fe,

se, es wäre denn, daß dem Pacht-Contract ausdrücklich solches als Bedingung hinzugefügt worden. Zwar läßt sich diese Behauptung nicht mit Leyser [89]) aus dem Unding bey Concursen — der Universal-Succession der Gläubiger oder der Analogie des *L.* 8. *§.* 1. *D. de reb. auctor. iudic. possid.* von welchem merkwürdigen Gesetz ich unten mit mehreren handeln werde, vertheidigen, wol aber aus mehreren anderen rechtsbeständigen Gründen. Denn 1) ist nicht abzusehen, wie durch den alleinigen Eintritt des Concurses der Pachtcontract, welchen der Schuldner mit einem Dritten abgeschlossen hat, aufgehoben werden könne. Es ist kein Gesetz vorhanden, welches in Ansehung des Pachtcontracts dieses verordnete, und aus der Natur der Sache folgt dies auch im mindesten nicht, indem durch den Concurs nicht das vorige Verhältniß aufgehoben wird, oder die Gläubiger als neue Pächter surrogirt werden. Wollte man solches geradezu annehmen, so würde eben so gut folgen, daß alle andere Verträge, die der Schuldner mit einem Dritten abgeschlossen hat, durch den Eintritt des Concurses aufgehoben würden, welchen Unsinn aber gewiß Niemand behaupten wird. Erlaubt gleich *L.* 54. *§.* 1. *D. locati conducti* dem Verpächter, den Pächter aus dem Pachtstücke zu vertreiben, wenn er eine geraume Zeit hindurch das Pachtgeld schuldig bleibt, so läßt sich doch im mindesten nicht behaupten, daß dieses Recht auch durch den Eintritt des Concurses begründet werde, am allerwenigsten aber, daß dadurch der Pacht-Contract ipso iure erlösche. Ferner 2) sehe ich auch nicht ein, warum den Creditoren nicht die Ausübung dieses dem Schuldner zuständigen Rechts zu gestatten sey, und der Dritte solches nicht gegen sich gelten zu lassen gezwungen werden könne. Denn so gehört dieses aus dem Pacht-Contract des Schuldners erworbene Recht so wenig zu den iuribus personalissimis desselben, als zu solchen Gerechtsamen, die dem Schuldner für seine Person

aus-

ausschließlich sind zugestanden worden, und ist überdies den Gläubigern vortheilhaft, mithin müssen es sich die Gläubiger anmaßen können, wenn anders die oben aufgestellte Theorie von den Wirkungen, welche der Concurs in Rücksicht auf die Concurs-Gläubiger von der einen, und dem Schuldner von der andern Seite hervorbringt, richtig ist. Alle Gerechtsame, die den Gläubigern an dem Vermögen des Schuldners zuständig sind, müssen aus dem Concurse selbst, und nicht von der Güter-Abtretung, oder der richterlichen Immission abgeleitet werden, wie Böhmer glaubt. Aber gesetzt nun sie müßten daher abgeleitet werden, welches ich oben geleugnet habe, und nochmahls leugne, so getraue ich mich doch auch alsdann noch zu beweisen, daß die Gläubiger zur Fortsetzung des von dem Schuldner mit einem Dritten abgeschlossenen Pacht-Contracts in dessen Nahmen berechtiget sind. Denn wenn erstens der Schuldner seine Güter seinen Gläubigern abtritt, so betrifft die Güter-Abtretung das sämmtliche Vermögen des Schuldners, wohin auch die Rechte, welche ihm zuständig sind, in soferne er deren Ausübung auf einen Dritten übertragen kann, gehören, mithin auch das aus dem Pacht-Contract erworbene Recht. Daß die Güter-Abtretung, nicht die verpachteten Grundstücke selbst betreffen kann, und solche zu verkaufen, gebe ich gerne zu, allein dies hat auch noch Niemand behauptet. Immittirt ferner zweytens der Richter die Gläubiger in die Güter eines Schuldners, so ist bekannt, daß diese Immission nach den Gesetzen nicht nur in eigenthümliche Güter des Schuldners, sondern auch selbst in fremde Güter geschehen kann, die derselbe unter sich hat [90]). Die prätorische Immission erfordert nicht als etwas Wesentliches, daß die Güter, worinn die Gläubiger immittirt werden, so beschaffen seyn müssen, daß sie von ihnen auch veräußert werden können, sondern es ist hinreichend, wenn sie nur so beschaffen sind,

daß

daß sie dem Endzweck der richterlichen Immission entsprechen.

Das was ich hier von der Befugniß der Gläubiger, den von dem Gemeinschuldner über fremde Vermögensstücke abgeschlossenen Pachtcontract fortzusetzen, behauptet habe, leidet auch in dem Fall keine Ausnahme, wenn diese Güter gleich öffentliche, Staats- oder Cammergüter sind. Denn verordnet gleich *L.* 10. *§.* 1. *D. de vectigal.* daß solche verpachtete Grundstücke sogleich sollen zurück genommen werden können, wenn der Pachter das Pachtgeld zu entrichten unterläßt, so paßt doch diese Verordnung nicht auf den vorliegenden Fall, zumahl wenn die Gläubiger wegen des Pachtgeldes die behufige Sicherheit zu leisten sich anheischig machen. Und eben so wenig kann mittelst des *L.* 2. *C. de fundis rei privatae* einer Verordnung der Kaiser Valentinian, und Valens den Gläubigern diese Befugniß abgesprochen werden. Denn dieses Gesetz verordnet nur, daß auf dem Fall, wenn der Pachter öffentlicher Grundstücke oder Revenüen in einem Zustande gerathen sollte, daß er die Pension nicht gebührend zu entrichten im Stande wäre, alsdann dem Fiscus frey stehen solle, ihn außer Pacht zu setzen, und einen neuen Pachtcontract mit einem anderen, der habiler ist, abzuschließen [91]), welches alles auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden kann, wo die Gläubiger das Pachtgeld in der Person des Pachters, und Schuldners entrichten wollen.

So wie die Gläubiger von dem, aus dem Pachtcontract des Schuldners, erworbenen Recht, vermöge ihrer Repräsentation Gebrauch machen können, eben so muß ihnen auch solches in Ansehung anderer, dem Schuldner gegen einen Dritten zuständigen Rechte, in sofern sie ihnen nützlich sind, gestattet werden, und ist der Dritte sie anzuerkennen, und gegen sich gelten zu lassen, verbunden. z. B. Wenn der Schuldner etwas von seinen Vermögensstücken sub pacto de retroven-

dendo verkauft hätte, so steht den Gläubigern frey, auch von dem, aus diesem Vertrag, dem Schuldner erworbenen Recht, gegen den Dritten Gebrauch zu machen, wenn sie die Rückkehr der verkauften Sache zur Concurs-Masse vortheilhaft für sich finden sollten [89]).

87) in Electis Iuris Civilis. *T.* 1. *Exercitat.* XI. §. *VI — VIII.*

88) LEYSER Meditat ad Pandectas. *Spec.* 220. *Med.* 6. SCHORCH in Opusculis. *Nr. IX.* §. XI.

89) a. a. O.

90) *L.* 8. *pr. D. de Reb. auctorit. Iudic. possidend.*

91) Die Worte des Gesetzes selbst mögen diese meine Behauptung rechtfertigen. Si quis (heißt es daselbst) in singulis annis non soluerit debitum ex re ipsius, quod in reliquis remansisse claruerit, sine aliquibus dependere cogatur induciis. Sane si quem postea *minus idoneum factum esse constet*, nec ita expedit, rationem reddere pensionis, res quas ex nostris rebus acceperit, ad *alium idoneum* iure quo sancimus transferentur, nec tamen decoctoris cuiusque reliquis, qui novus accedit onerabitur.

92) Versteht sich jedoch gegen Erlegung des Kaufgeldes, nach den in solchen Fall, nach den verschiedenen Umständen, eintretenden rechtlichen Bestimmungen. Vergleiche *Ernest. Iust.* MÜLLER Promptuar. Iuris Nov. *T.* 3. *p.* 1644. *Nr.* 39.

§. 46.

2) Von der passiven Repräsentation der Gläubiger.

Nicht so ausgemacht verhält es sich mit der passiven Repräsentation der Gläubiger, worüber ich mich gegenwärtig in einer näheren Untersuchung einlassen will. Man versteht darunter den Umstand, wo die Gläubiger diejenigen Verbindlichkeiten, womit der Schuldner blos in Hinsicht auf sein Vermögen einem Dritten verhaftet ist, zu leisten verpflichtet sind, oder zugeben müßten, daß der Dritte solche wirksam gegen

sie

sie verfolgen kann. Unter dieser Bestimmung wird die passive Repräsentation der Gläubiger von den mehresten Rechtslehrern, wiewol unter mancherley Einschränkungen vertheidiget, obgleich es auch nicht an solchen fehlt, die sie beynahe ganz verwerfen. So wenig ich auch davor bin, diese passive Repräsentation der Gläubiger in dem vollen Umfange des davon gegebenen Begriffs anzunehmen, eben so wenig kann ich mich doch von dem Grundsatz überzeugen, daß sie als ein ganz Unding verworfen werden müsse, sondern meiner Meinung nach, muß aus den einzelnen Verbindlichkeiten, welche dem Schuldner in Hinsicht auf sein Vermögen obliegen, und deren Vergleichung mit dem aus dem Concurse entspringenden Verhältniß, bestimmet werden; in wie ferne eine solche Repräsentation der Gläubiger, als gegründet anzunehmen sey?

Alle Verbindlichkeiten, welche einem Schuldner in Hinsicht auf sein Vermögen gegen einen Dritten obliegen können, sind entweder dingliche (obligationes reales) die auf gewissen Vermögensstücken des Schuldners, oder auf seinem ganzen Vermögen haften, und von ihm als Besitzer abgetragen werden müssen, oder blos persönliche (obligationes personales), wozu er einem Dritten entweder durch einen Vertrag, oder auf eine andere Art verbindlich geworden ist, und eine zu seinem Vermögen gehörige Sache betreffen. Z. B. wenn er jemanden etwas von seinem Vermögen verkauft, aber noch nicht übergeben hat, oder eins seiner Vermögensstücke auf eine gewisse Zeit verpachtet hat. Beyderley Verbindlichkeiten können nicht nach ein und eben denselben Grundsätzen beurtheilet werden, sondern es muß in Ansehung einer jeden Gattung derselben besonders untersucht werden; in wie ferne die Repräsentation der Gläubiger als gegründet angenommen werden könne.

§. 47.

a) In Ansehung der dinglichen Verbindlichkeiten des Schuldners.

Was a) die dinglichen Verbindlichkeiten des Schuldners anbetrifft, so läßt sich in Ansehung derselben die Repräsentation der Gläubiger allerdings behaupten, wenn diese das Vermögen des Schuldners, vermöge der ihnen durch den Concurs, oder der Güter-Abtretung erworbenen Gerechtsame, in ihrem Besitz genommen haben [93]), denn dingliche Verbindlichkeiten haften nach dem Grundsatz — sunt realia quae a rebus non a personis debentur auf die Sache selbst [94]), nicht aber auf die Person, welche die Sache besitzt, obgleich diese wegen des Besitzes allein, solche gegen sich gelten zu lassen verbunden ist. Jeder, dem ein dingliches Recht zuständig ist, kann dieses Recht gegen jeden wirklichen Besitzer der Sache geltend machen. Besitzen also die Concurs-Gläubiger das Vermögen des Schuldners, so kann auch die Erfüllung dieser dinglichen Verbindlichkeit von ihnen eben so gut, wie vorher von dem Schuldner, als dieser noch Besitzer seines Vermögens war, gefordert werden, mithin ist hier die Repräsentation der Gläubiger außer allem Zweifel. Die Concurs-Gläubiger sind daher, so lange sie das Vermögen des Schuldners besitzen, verbunden

1) diejenigen Steuren und Abgaben, die nach der Landes-Verfassung von dem Vermögen des Schuldners an den landesherrlichen Fiscus entrichtet werden müssen, zu bezahlen [95]).
2) Alle andere Lasten und Beschwerden, die auf den schuldnerischen Gütern haften, abzuführen, in so ferne sie nur als wirkliche onera rei imposita zu betrachten sind. Eine vorzügliche Gattung solcher dinglichen Abgaben, sind die sogenannten jährlichen Gülten oder Renten (annui reditus), welche auf eins der schuldnerischen Vermögensstücke haf-

ten [96]). Da dieser letztere Fall sehr häufig bey Concursen vorkommt, und dabey bisweilen mancherley Streitigkeiten entstehen, so finde ich es für nöthig, davon hier etwas umständlicher zu handeln.

Unter jährliche Gülten oder Renten versteht man eine gewisse jährliche Abgabe, entweder in baarem Gelde oder Naturalien, welche man von jemanden zu erheben berechtiget ist. Kann diese Abgabe nur blos von der Person des Schuldners gefordert werden, so heißen sie persönliche Gülten, liegt aber solche auf einem Grundstück, so entsteht daraus der Begriff von dinglichen Gülten. Beyde Gattungen der jährlichen Gülten oder Renten können auf verschiedene Art erworben werden. Vorzüglich kann man eine vierfache Art solcher Erwerbung annehmen, nemlich Vertrag, Schenkung, Verjährung [97]) und Vermächtniß [98]). Die erstere Art, jährliche Gülten zu erwerben, ist die gewöhnlichste, und kommt davon ein zwiefacher Fall vor; nemlich 1) der, wo man sich beym Verkauf eines Grundstücks gewisse Renten (census reservativi) vorbehält, und 2) der, wo man solche von einem andern geradezu erkauft. Dieses letztere geschieht dadurch, daß gegen Ueberlassung eines gewissen Geld-Quantums jemanden das Recht durch einen Vertrag eingeräumt wird, gewisse jährliche Renten oder Gülten zu fordern, und wird solches ein Gült-Kauf genannt. Dieses Geld-Quantum, oder Capital, welches bey dem Gültkauf vorkommt, wird mit der Waare (merx) bey einem Kaufe verglichen, dagegen die jährlichen Gülten als der Kaufschilling (pretium) angesehen werden. Es ist übrigens bey dem Gültkauf nicht nothwendig, daß das Capital baar an den Gültreicher ausgezahlt werde, sondern

es ist genug, wenn derselbe ein Geld = Quantum inne behält, das er sonst vermöge eines Vertrags, oder aus einem anderen Grunde auszahlen müßte [99]). Solche erkaufte Gülten oder Renten werden in **ablösliche** (redimibiles), und **unablösliche** (irredimibiles) eingetheilt, je nachdem es dem Schuldner erlaubt ist, sich oder das Grundstück, auf welchem sie haften, von deren Abtrag gegen Zurückzahlung des Capitals zu befreyen, oder nicht.

Wenn ich hier von der Verbindlichkeit der Gläubiger rede, Gülten oder Renten im Nahmen des Schuldners an einem Dritten, der das Recht sie zu fordern rechtmäßig erworben hat, zu entrichten, so verstehe ich solches blos und allein von den dinglichen [100]). Dingliche Gülten haften auf dem Grundstück, aus dessen Früchten die Entrichtung angewiesen ist, als eine Servitut [1]), ohne Unterschied, sie mögen erlangt seyn auf welche Art und Weise sie wollen. Denn eine Servitut ist ein dingliches Recht, Kraft dessen jemand aus der Sache eines andern Nutzen zu ziehen berechtiget ist. Dieser Begriff läßt sich aber, ohne demselben Zwang anzuthun, auf die Gültbestellung anwenden, mithin tritt die Regel ein: wo alle wesentliche Stücke einer Sache vorhanden sind, da ist die Sache selbst vorhanden. Ob nun aber die Gülten im vorkommenden Fall wirklich als dingliche Gülten oder Renten zu betrachten sind, muß allemahl aus der Art und Weise ihrer Entstehung, und den dabey vorgefallenen individuellen Umständen beurtheilet werden. Ueberhaupt lassen sich davon folgende allgemeine Regeln angeben.

1) Wenn Gülten durch den Kauf erworben sind, so können sie nur alsdann wie dingliche betrachtet werden, wenn die Entrichtung derselben

mit

mit Bewilligung beider Theile ausdrücklich aus den Früchten einer bestimmten unbeweglichen Sache festgesetzt worden [2]). Es gehört also keinesweges hieher, wenn der Erborger eines Capitals dem Darleiher anweißt, die Zinsen davon, von den Einkünften eines gewissen Grundstücks zu erheben.

II) Eben dies ist der Fall bey anderen ex pacto herrührenden Gülten, und daher glaube ich auch, daß nur die census reservativi alsdann wie dingliche zu betrachten sind, wenn ausdrücklich bedungen worden, daß sie von dem verkauften Grundstück abgeführt werden sollen, obgleich ich mich nicht abgeneigt finde zu behaupten, daß solches im Zweifel vermuthet werden müsse.

III) Gülten oder Renten, die aus einer Schenkung oder Vermächtniß, herrühren sind aus der Intention des Schenkers oder Testators zu beurtheilen, und können nur dann wie dingliche betrachtet werden, wenn ein Grundstück ausdrücklich und bestimmt dazu angewiesen worden, daß die Renten daraus geleistet werden sollen.

IV) Bey Gülten oder Renten, die durch Verjährung erworben sind, kommt alles darauf an, ob sie acquisitivo-translative, oder acquisitivo-constitutive durch die Verjährung erworben sind. Im ersten Fall müssen sie nach der Eigenschaft beurtheilt werden, die sie unter dem vorigen Besitzer hatten, wenn sich keine Veränderung damit ergeben hat, im letzteren Fall kommt alles auf die einzelnen Umstände bey der Verjährung an, und in welcher Eigenschaft sie durch die Verjährung sind erworben worden.

Sind die jährlichen Renten wirklich dingliche, so müssen sie von den Gläubigern so lange fortgeleistet werden, als der Concurs dauert, und sie die Güter des Schuldners besitzen, ohne Unterschied diese Gülten mögen ablösliche oder unablösliche seyn, denn beide bestehen in einer dinglichen auf dem Guthe haftenden Beschwerde [3]). In dem Fall jedoch, wo sie ablöslich sind, und die Ablösung von dem Schuldner abhängig war, ist es den Gläubigern erlaubt, gegen Rückzahlung des Capitals, wenn sie solches für nützlich finden, sich von dieser Abgabe zu befreyen [4]).

So wie die Gläubiger dingliche auf den Gütern des Schuldners haftende Abgaben zu entrichten verbunden sind, eben so müssen sie auch

3) zugeben, daß jemand, der sonst ein Dienstbarkeits-Recht an einem der schuldnerischen Vermögensstücke hat, solches nach wie vor ausüben könne. Denn auch dieses kann gegen jeden Besitzer der Sache, worauf es haftet, also auch gegen die Gläubiger ausgeübt werden, welche überdem bey ihrem Besitz hier noch den Schuldner repräsentiren [5]).

93) *Carl. Fried.* WALCH in der D. de compensat. in concursu Creditor. §. XI.

94) arg. *L.* 12. *C. de distract. pignor. C.* 5. *final.* IX. *de pignor.*

95) KLÜGEL de loco vectigalibus sive oneribus, publicis realibus et personalibus, in concursu Creditorum attribuendo. §. 7.

96) Ernst Christ. Westphal Versuch einer systematischen Erläuterung sämmtlicher römischen Gesetze vom Pfandrecht. §. 101. von Trütschler Versuch einer genaueren Bestimmung des Rechts wiederkäuflicher, und unablöslicher Zinsen bey entstandenen Concursen. Altenburg 1777. §. XIV. Joh. Ludwig Schmidt

Schmidt von geistlichen und weltlichen Separatisten. 2. Th. §. 66.

97) *Iac.* RAVE in princip. universl. doctrinae de praescript. *p.* 78. §. 49. Ein Beyspiel davon hat Berger in supplem. ad disceptat. forens. *P. II. pag.* 326.

98) Dahin gehört z. B. das legatum annui reditus, wovon der erste Titul des drey und dreyßigsten Buchs der Pandecten handelt.

99) Wie hoch solche Gülten stipulirt werden können, ist sehr streitig. Diejenigen Rechtslehrer, welche die Reichspolicey-Ordnung vom Jahr 1530, und andere Reichs-Gesetze, die von Gültverschreibung handeln, in dieser Materie als Richtschnur annehmen, behaupten, daß nicht mehr als fünf von hundert Hauptstamm stipulirt werden dürften. Allein außer J. G. von Maiern hat noch neuerlich Herr Professor Hufeland in den Beyträgen zur Berichtigung, und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaften 1 Stück Nr. 2. sehr gründlich das Irrthümliche der heutigen Anwendung jener reichsgesetzlichen Verordnungen gezeigt.

100) Bey persönlichen Gülten kann der Gültkäufer nichts weiter als ein persönliches Recht erlangen, und muß daher wegen seiner Anforderung unter den Concurs-Gläubigern auftreten, und seine Befriedigung ordentlicher Weise wie diese nachsuchen.

1) Ohne Unterschied, sie mögen erlangt seyn, auf welche Art und Weise sie wollen. S. Westphal a. a. O. und andere in der Not. 96. angeführte Rechtslehrer. Hält man sich strenge an das römische Recht, so möchte es bey den Gülten, welche als ablösliche durch einen Vertrag bestellet werden, scheinen, als wenn diese Bestellung nicht wie eine constitutio servitutis angesehen und sie daher nicht nach den Grundsätzen von Dienstbarkeiten beurtheilet werden könnten, weil nach denselben Servituten weder ex tempore noch ad tempus bestellt werden können. Servitutes sagt Papinian im *L.* 4. *pr. de servitut.* ipso quidem Iure neque ex tempore neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, (verbi gratia quamdiu volam) constitui possunt. Allein vergleicht man dieses Gesetz mit anderen Rechtsstellen, so läßt sich die Meinung, als sey die Bestellung einer Servitut ad tempus

undenkbar, und daher auch die Vergleichung einer ablöslichen Gültversprechung mit einer Servitut-Bestellung unzutreffend, sehr leicht widerlegen. Denn Papinian redet in der wörtlich abgeschriebenen Stelle blos von dem, was strengen Rechtens ist, und gestattet in den folgenden Worten jener Stelle, die exceptionem pacti vel doli dem domino praedii servientis gegen den dominum praedii dominantis, welcher sich an die bey der Errichtung der Servitut gemachte Bedingung oder Zeitbestimmung nicht kehren will, indem er sagt: sed tamen si haec adjiciantur pacti, vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti. Noch nähere Auskunft giebt *L. 5. C. de Usufr. et habitat.* wo ausdrücklich von einem auf eine gewisse Zeit überlassenen Niesbrauch die Rede ist, welches bey den Gülten um so mehr Anwendung leidet, als selbige mehr mit den Personal-, als Real-Servituten übereinkommen. Heut zu Tage hat solches um so weniger Bedenken, da ein jeder Vertrag die Contrahenten bindet, und dieser Satz des römischen Rechts eben so als der im *L. 15. §. 1. D. de servitut.* enthaltene — Servitutum non est ea natura *ut aliquid faciat quis* — sed ut *aliquid patiatur*, aut *non faciat*, zu den römischen Spitzfindigkeiten gehört.

2) von Trütschler a. a. O. §. 7.

3) Schmidt a. a. O. §. 66.

4) Was wegen des Hauptstammes, wofür die Gülten erkauft sind, bey entstandenen Concurse über des Gültverkäufers Vermögen alsdann Rechtens sey, wenn der Gültkäufer denselben vi pacti zurückfordern kann, und solches thut, davon wird im sechsten Hauptstück gehandelt werden.

5) HUBER praelect. iur. civil. *P. 2. L. 20. tit. 4.* §. 1.

§. 48.

b) In Ansehung der persönlichen Verbindlichkeiten desselben.

Anlangend b) die persönlichen Verbindlichkeiten des Schuldners, und ob in Ansehung derselben eine Repräsentation der Gläubiger anzunehmen

sey,

sey, so ergeben sich hier weit mehrere Schwierigkeiten, als in dem vorhergehenden Fall. Diejenigen Rechtslehrer, welche auch hier die Repräsentation der Gläubiger für begründet halten, führen für ihre Meinung theils die Universal-Succession der Gläubiger [6]), theils die Verordnung des *L.* 8. *§.* 1. *D. de rebus auctorit. iudic. possid.* und da, wo diese nicht wörtlich durchgreift, die Analogie des Rechts an, oder nehmen auch wohl gar zur Billigkeit ihre Zuflucht. Da ich die Universal-Succession der Gläubiger bereits oben überhaupt für ein Unding erklärt habe, und mithin auch hier nicht anerkennen kann, und es mit der Billigkeit im Ganzen eine sehr mißliche Sache ist; so kommt alles darauf an, ob aus dem Concurs-Verhältniß der Gläubiger diese Repräsentation gefolgert werden, oder doch wenigstens, wenn dies nicht der Fall seyn sollte, unter dem Beystand der Gesetze, und einer gesetzmäßigen Analogie davor gestimmt werden kann.

Aus dem Verhältniß, welches der Concurs der Gläubiger hervorbringt, läßt sich die passive Repräsentation der Gläubiger in Ansehung der persönlichen, auf dessen Vermögen sich beziehenden Verbindlichkeiten des Schuldners, auf keinerley Weise, so wenig directe, als indirecte, ableiten. Denn der Grund, warum die Gläubiger solche Verbindlichkeiten des Schuldners, die auf seinem Vermögen haften, und als dingliche zu betrachten sind, gegen sich gelten lassen müssen, fällt hier gänzlich weg, und ein anderer natürlicher Grund läßt sich nicht annehmen, welcher sie dazu verbinden könnte. Der Concurs verleiht ihnen zwar Rechte in Ansehung des schuldnerischen Vermögens, bürdet ihnen aber nicht auf, Verbindlichkeiten des Schuldners zu erfüllen, welche demselben wegen seines Vermögens obliegen, wenn nicht andere Umstände ihrer Seits soches bewirken, wie bey den dinglichen Verbindlichkeiten der Fall ist, wo sie solche wegen des Besitzes der schuldnerischen Güter er-

erfüllen müssen. Es würde eine Ungereimtheit der ersten Größe seyn, wenn man behaupten wollte, daß derjenige, welcher befugt ist, sich gewisser Gerechtsame eines andern anzumaßen, und ihn bey der Ausübung derselben gegen einen Dritten zu repräsentiren, auch verbunden sey, dessen Verbindlichkeiten in eben der Rücksicht zu erfüllen, da der eine Satz weder in dem andern nothwendig enthalten ist, noch analogisch daraus gefolgert werden kann. Und eben diese überaus große Ungereimtheit würde man sich zu Schulden kommen lassen, wenn man den Satz vertheidigen wollte, daß die Gläubiger aus dem Grunde, weil ihnen der Concurs Gerechtsame an dem Vermögen des Schuldners verleiht, auch gehalten wären, solche Verbindlichkeiten zu erfüllen, die dem Schuldner in Ansehung seines Vermögens obliegen.

Alles kommt also darauf an: ob aus ausdrücklichen Gesetzen, oder doch wenigstens aus einer richtigen gesetzlichen Analogie, die Repräsentation der Gläubiger in Ansehung der persönlichen Verbindlichkeiten des Schuldners, womit derselbe in Hinsicht auf sein Vermögen einem Dritten verhaftet ist, gerechtfertiget werden kann. Und da man sich zur Vertheidigung derselben auf den *L. 8. §. 1. D. de Reb. auctor. Iudic. possid.* beruft, und da, wo dieses Gesetz nicht wörtlich durchgreift, zu der Rechts-Analogie seine Zuflucht nimmt, so wird es nöthig seyn hierüber eine rechtliche genaue Untersuchung anzustellen. Ich werde diese dadurch zu beschaffen suchen, daß ich zuvörderst das Gesetz selbst reden, dann die verschiedenen Erklärungen desselben folgen lasse, und endlich mein Urtheil selbst sowol darüber, welche Erklärung ich für die richtige halte, als auch darüber, ob von diesem Gesetze beym Concurse der Gläubiger eine Anwendung zu machen sey, hinzufüge.

6) SCHORCH in Opuscul. D. IX. §. XII.

§. 49.

§. 49.

Erläuterung des L. 8. §. 1. D. de Reb. auctorit. Iudic. possid.

L. 8. §. 1. D. de reb. auctor. Iud. possidend. Si quis fructus ex praedio debitoris capi potuerit, hunc Creditor qui in possessionem praedii missus est, vendere vel locare debet. Sed hoc ita demum, si ANTEA NEQUE VENIERIT, NEQUE LOCATUS ERIT. Nam si iam A DEBITORE vel LOCATUS ERAT, vel VENIERAT, SERVABIT PRAETOR VENDITIONEM, et LOCATIONEM A DEBITORE FACTAM, etsi MINORIS distractum est vel locatum, nisi si in FRAUDEM Creditorum hoc fiat; tunc enim Praetor arbitrium dat creditoribus, ut ex integro locationem vel venditionem faciant. Der Lex ist wie die Ueberschrift desselben lehrt, aus den Libris ULPIANI ad Edictum genommen, und redet von der Prätorischen Immission. Die Rechtslehrer, welche hieraus die passive Repräsentation der Gläubiger entweder ganz, oder doch wenigstens zum Theil vertheidigen [7]), erklären ihn folgendergestalt. Das Gesetz, sagen sie, redet von derjenigen Prätorischen Immission, wo der Prätor die Gläubiger zur Erlangung ihrer Ansprüche in das Vermögen des Schuldners einwieß. Sie erlangten dadurch das Recht, über das schuldnerische Vermögen zu ihrer Befriedigung bestmöglichst zu disponiren, mithin auch das Recht die schuldnerischen Grundstücke zu verpachten, und zu veräußern. In dem Gesetz sey nun von einem Grundstück die Rede, worin die Gläubiger auf diese Art vom Prätor immittirt waren. Ulpian gesteht ihnen das Recht zu, das Grundstück zu verpachten, und zu veräußern, jedoch unter der Einschränkung, wenn solches nicht schon vorher von dem Schuldner gültig war verpachtet, oder veräußert worden, denn in diesem Fall verspreche der Prätor den Kauf- oder Pacht-Contract aufrecht zu erhalten. — Auch dann wenn gleich

die

die Gläubiger Nachtheil davon haben sollten. Nur dann werde in diesem Gesetz davon eine Ausnahme gemacht, wenn der Schuldner bey Abschließung eines solchen Vertrags die bösliche Absicht gehabt hätte, seine Gläubiger zu hintergehen. Der Endzweck, den der Prätor dabey beabsichtiget habe, sey kein anderer als dieser: damit nicht durch die Gerechtsame, welche die Gläubiger durch die Immission erhielten, die wohlerworbenen Rechte derjenigen, die mit dem Schuldner Verträge in Hinsicht auf sein Vermögen abgeschlossen hatten, untergraben werden möchten, cum Iudicis auxilium, wie Böhmer [8]) sagt, ita merito impertiendum sit, ne cuiquam iniuria fiat, et iura alterius infringantur.

Kann man gleich diese Erklärung des obengedachten Gesetzes mit Recht die gemeine nennen, weil ihr die angesehensten Rechtslehrer zugethan sind, so fehlt es jedoch auch nicht an Rechtslehrern, die von demselben eine andere Erklärung geben. Dies sind solche, die entweder die Repräsentation der Gläubiger in Ansehung der persönlichen Verbindlichkeiten des Schuldners, die sein Vermögen betreffen, geradezu verwerfen [9]), oder wenn sie sie auch gewissermaßen annehmen, doch nicht aus jenem Gesetz abgeleitet wissen wollen [10]). Das Gesetz, sagen sie, redet von der immissio rei servandae caussa, welche alsdann geschahe, wenn der Schuldner nicht sein Vermögen abgetreten hatte, sondern sich verborgen hielt, in welchem Fall die immittirten Gläubiger blos das Recht erhielten, diejenigen schuldnerischen Grundstücke, worin sie immittirt waren, zu bewachen, bisweilen auch das Recht die Früchte einzusammlen, nicht aber zu percipiren. Fuhr der Schuldner fort die Gläubiger zu hintergehen, so erfolgte alsdann ein Decret des Prätors, wodurch sie das Recht erhielten die Güter des Schuldners zu verkaufen, und sich von dem Kaufgelde bezahlt zu machen. Die erstere Prätorische Immission sey die ex primo decreto, die letztere die ex secundo de-

cre-

creto. Blos von dem Einsatz aus erster Erkenntniß rede das angeführte Gesetz, wodurch den Gläubigern blos custodia rei, worin sie waren immittirt worden, zugestanden wurde, indem darin nicht von dem Verkauf des schuldnerischen Grundstücks, sondern blos von dem iure colligendi fructus die Rede sey. Hiemit lasse sich aber sehr wohl der Satz vereinbaren, daß der Prätor die von dem Schuldner abgeschlossenen Verträge über dies Grundstück mit einem Dritten aufrecht zu erhalten, verspreche, indem solche, den durch den Einsatz aus erster Erkenntniß, erworbenen Rechten der Gläubiger nicht nachtheilig waren, sondern sehr wohl damit bestehen konnten.

Soll ich meine wahre Meinung über den Sinn dieses Gesetzes sagen, so scheint mir nichts ausgemachter zu seyn, als daß dieses Gesetz wirklich von der richterlichen Immission ex secundo decreto redet, und die gegentheilige Erklärung des Gesetzes gar keiner Widerlegung verdient; sondern schon durch die dürren Worte des Gesetzes wiederlegt wird. Wo ist denn in dem Gesetz davon die Rede, daß die Gläubiger blos custodiam fundi haben sollen? — Es wird ihnen ja darin ausdrücklich erlaubt, das schuldnerische Grundstück zu verpachten oder zu veräußern — vendere vel locare debet. Beide Befugnisse sind aber Folgen der Immission ex secundo decreto. Ferner ist es ausgemacht, daß das Gesetz, den von dem Schuldner vor der richterlichen Immission über das Grundstück, worin die Gläubiger immittirt wurden, abgeschlossenen Pacht- oder Kauf-Contract für gültig erklärt, und verordnet, daß die Gläubiger an diese Verfügungen des Schuldners gebunden seyn sollen, wenn sie auch gleich dadurch wären verletzet worden. Offenbar ist es aus den Worten *servabit* Praetor etc., daß solches nicht mit dem strengeren Recht zu vereinbaren gewesen, sondern blos der Prätor aus Billigkeit bewogen, solche von dem Schuldner abgeschlos-

schlossenen Verträge mit einem Dritten zu erhalten versprach. Ich pflichte also in Ansehung der Erklärung dieses Gesetzes völlig der gemeinen Meinung bey.

7) *Georg. Ludew.* BOEHMER in Elect. Iur. civilis *T.* I. *Ex. XI.*

8) a. a. O. §. 1.

9) *Fried. Gottl.* ZOLLER Progr. De quaestione: Utrum existente concursu creditorum, creditores locationem a debitore celebratam servare teneantur? Lipſ. 1757.

10) SCHORCH. *l. c. §. IV.*

§. 50.

Und Untersuchung, ob die darin enthaltene Verordnung beym Concurse, und in wie weit solche angewendet werden könne.

Aber wie! können nun die in dem *L.* 8. §. 1. *D. de bonis auctorit. Iudic. possidend.* enthaltene Lehrsätze, die doch nur die Prätorische Immission zum Grunde legen, auf den Concurs der Gläubiger angewendet, und daher die passive Repräsentation des Schuldners ihrer Seits vertheidiget werden? Daß eine directe Anwendung dieses Gesetzes auf den Concurs nicht statt haben könne, sieht wohl jeder ohne meine Erinnerung von selbst ein, — ob sich aber nicht eine analogische Anwendung davon machen lasse, — und dies behaupten auch nur die Rechtslehrer, welche aus diesem Gesetz die passive Repräsentation der Gläubiger vertheidigen, — ist eine andere Frage, die meiner Meinung nach eine genauere Prüfung verdient. Denn, daß bey Entscheidung einer Streitfrage zuvörderst die Gesetze, und da, wo diese so wenig buchstäblich, als nach ihrem Sinn eine Auskunft geben, die Analogie der Gesetze, Entscheidungs-Quellen abgeben, ehe aus der Natur der Sache der Streitpunct ausgemittelt werden kann, ist eine zu bekannte Sache, als daß ich mich darüber erst in einem Beweise einzulassen nö-

nöthig hätte. Kann also aus einer analogisch richtigen Anwendung jenes Gesetzes wegen der passiven Repräsentation der Gläubiger beym Concurse, etwas entschieden werden, so muß diese Entscheidung allerdings, der aus der Natur der Sache hergenommenen Entscheidung §. 47. vorgezogen werden, indem eine richtige Analogie mit einem ausdrücklichen Gesetz gleiche Kraft und Wirkung hat "). Ich mag die Sache betrachten, wie ich will, so finde ich mich allemal geneigt, denjenigen Rechtslehrern beyzustimmen, welche vermöge der Analogie, die in diesem Gesetze enthaltene Verordnung auf den Concurs der Gläubiger anwenden, und so die passive Repräsentation der Gläubiger, auch in Ansehung der persönlichen Verbindlichkeiten des Schuldners, die derselbe in Ansehung seines Vermögens, gegen einen Dritten auf sich hat, vertheidigen. Denn so erhielten die Gläubiger durch die Immission ex secundo decreto eben die Rechte in Ansehung derjenigen Sache, worin sie waren immittirt worden, welche ihnen der Concurs in Ansehung des ganzen Vermögens des Schuldners verleiht, nemlich darüber zu ihrer Befriedigung zu disponiren. Das Gesetz zeigt dies auch deutlich dadurch an, daß es den Gläubigern in Ansehung des Grundstücks, worinn sie waren immittirt worden, zwey wichtige auf ihre Befriedigung abzweckende Handlungen — nemlich die Verpachtung, und Veräußerung des Grundstücks gestattet. Das Recht, welches die prätorische Immission, wovon in dem Gesetze die Rede ist, verleiht, hat also mit dem gleichen Zweck, welches der Concurs den gesammten Gläubigern verleiht, und man kann wol füglich sagen, daß eins weder größer, noch geringer als das andere ist. So gestattet auch das Gesetz den immittirten Gläubigern, alle auf die Erhaltung dieses ihres Zwecks abzielende Mittel, welche ebenfalls der Concurs den Concurs-Gläubigern verleiht, nur schränkt es dieselben auf den Fall ein, wenn dadurch

den, aus einem gültigen Pacht-, oder Kauf-Contract mit dem Schuldner, einem Dritten wohlerworbenen Rechten geschadet werden sollte. Hier sollen die Gläubiger nicht mehrere Rechte haben, als der Schuldner selbst, hier sollen sie dessen Verbindlichkeiten zu erfüllen gehalten seyn. Und was ist davon der Grund? — Kein anderer als bloße Billigkeit, wodurch sich der Prätor bewogen fand, das strenge Recht zu mildern, und die Rechte der Gläubiger zum Vortheil des Dritten einzuschränken. Eben diese Billigkeit läßt sich auch vermöge der Rechtsanalogie beym Concurse annehmen, und vertheidigen, daß die Gläubiger zur Haltung derjenigen Verträge, die der Schuldner in Ansehung seines Vermögens mit einem Dritten gültig abgeschlossen hat, verbunden sind. Alle Erfordernisse, die man gemeinhin zur Rechtfertigung einer Analogie des Rechts anzugeben pflegt, treffen hier zusammen. Denn so ist hier a) keine Verschiedenheit der Personen vorhanden, welche behindern würde, daß einerley Rechte angewendet werden könnten, sondern eine völlige Gleichheit derselben, indem in jenem Gesetze die Rede von Gläubigern ist, die in einem Grundstück des Schuldners immittirt worden, und dadurch das Recht erhalten haben, über das Grundstück zu ihrer bestmöglichsten Befriedigung zu disponiren; und hier beym Concurse ebenfalls von Gläubigern, die vermöge des Concurses oder der hinzugekommenen Güter-Abtretung eben solche Rechte an dem gesammten Vermögen des Schuldners erhalten haben. Die Differenz, daß in jenem Gesetz der Gegenstand dieses Rechts ein einzelnes Grundstück des Schuldners, und hier beym Concurse dessen sämmtliches Vermögen ist, beeinträchtiget die Analogie im mindesten nicht. Es ist auch ferner b) der Grund und die Ursache des Gesetzes, welches ich analogisch angewendet wissen will, dem vorliegenden Fall im mindesten nicht entgegen. Der Grund, warum nach dem *L.* 8. *§.* 1. *D. de reb. auctor. Iudic. possidend.* die Gläu-

biger

biger den von dem Schuldner über das Grundstück, worin sie waren immittirt worden, mit einem Dritten abgeschlossenen Pacht- oder Kauf-Contract zu halten verbunden seyn sollen, ist — blos Billigkeit, und Begünstigung der wohlerworbenen Rechte des Dritten, die nicht durch die Gerechtsame der Gläubiger, die sie durch die Immission erhalten, geschmälert, und untergraben werden sollen. Beruht nun aber der Grund aller Analogie auf die Uebereinstimmung mit der Absicht, und den Willen des Gesetzgebers, so leidet es wol nicht den mindesten Zweifel, daß beym Concurse, wo alles mit jenem Fall so zusammentrifft, ebenfalls vermöge der Billigkeit auch die von dem Schuldner vor entstandenem Concurse mit einem Dritten abgeschlossene, sein Vermögen betreffende Verträge aufrecht erhalten werden müssen.

Aber werden denn noch nicht mehrere Erfordernisse dazu verlangt, um eine richtige analogische Entscheidung zu Stande zu bringen? Muß auch noch nicht darauf Rücksicht genommen werden, ob das Gesetz, woraus man argumentiren will, überhaupt von der Beschaffenheit sey, daß Analogie dabey statt finden kann? — Ich weiß dies wohl, aber gehört denn der *L.* 8. *§.* 1. *D. de Reb. auctor. Iudic. possid.* zu solchen Gesetzen, welche keine Ausdehnung auf andere Fälle zulassen, als welche in denselben ausgedruckt sind, wenn auch bey anderen nicht genannten Fällen ein gleicher Grund vorhanden wäre.

Herr Hofrath Glück rechnet in seiner Erläuterung der Pandecten 1. Th. *p.* 258. dahin 1) solche Gesetze, worin von einem Ius singulare die Rede ist. 2) Solche Gesetze in den Pandecten, und Codex, welche aus den Reponsis Iureconsultorum, desgleichen aus den Rescriptis, und Decretis der römischen Kaiser genommen sind.

Es würde mich von meinem Zweck zu sehr entfernen, wenn ich über die Richtigkeit dieser Grundsätze, be-

besonders des letzteren Satzes, urtheilen wollte, zumahl da sie mir nicht im Wege stehen. Mir kommt nur alles darauf an zu beweisen, daß das Gesetz von der Beschaffenheit sey, daß davon richtig argumentirt werden kann, und ich will daher einstweilen beide Lehrsätze des gedachten Rechtslehrers als völlig gültig unterstellen.

In dem Gesetze ist 1) von keinem Iure singulari die Rede, welches jedem sogleich einleuchten wird, der nur mit dem im mindesten bekannt ist, was die Juristen Ius singulare nennen. Auch 2) ist das Gesetz nicht aus den Responsis Iureconsultorum, sondern, wie ich oben bereits erwähnt habe, aus den LIBRIS ULPIANI AD EDICTUM genommen, worin dieser Rechtslehrer über das Edictum perpetuum commentirte. Ueberdies ist alles in dem Gesetze so deutlich vorgestellt, daß die Argumentation nicht die mindeste Schwierigkeiten zu überwinden hat.

Die analogische Anwendung dieses Gesetzes auf den Concurs der Gläubiger, welche ich hier vertheidiget habe, wird auch überdies durch eine Menge Präjudicien, und durch die Beystimmung der angesehensten practischen Rechtslehrer unterstützt, so daß man sie füglich als durch den Gerichtsbrauch bestätiget ansehen kann [12]).

11) S. NETTELBLADT Iurisprud. pos. Germ. comm. general. §. 176.

12) BOEHMER *l. c. §.* I. SCHORCH *l. c. §. XIII.* LEYSER Medit. ad Pandect. *Spec.* 494. *Med.* 3. BERGER in Oeconomia Iuris. *L.* 3. *T.* 5. §. 26. WERNHER Observat. forens. *T.* 3. *P.* 3. *Obs.* 47. u. a. m. *Christ. Frider.* FLEISCHER D. de debito speciei moto ante traditionem concursu creditorum praecise praestando. Lips. 1753.

§. 51.

Fortsetzung.

Ich kann diese Materie nicht verlassen, ohne zuvörderst noch zwey hieher gehörige, gewiß nicht unwich-

tige

tige Fragen untersucht zu haben, wovon die erste diese ist: Läßt sich gleich vermöge der Analogie des L. 8. §. 1. D. de Reb. auct. Iud. possidend. eine passive Repräsentation der Gläubiger vertheidigen, muß denn nun solche, in Ansehung aller dem Schuldner obliegenden Verbindlichkeiten, womit er in Ansehung seines Vermögens einem Dritten verhaftet ist, angenommen, oder nur blos auf die in dem Gesetz nahmentlich angegebenen beiden Gattungen von Verbindlichkeiten eingeschränkt werden? Die Beantwortung dieser Frage beruht, wie ich glaube, darauf, ob das Gesetz selbst, nach richtigen Grundsätzen, eine ausdehnende Erklärung zuläßt, oder blos nur in seinem Wortverstande angenommen, und auf die darin bestimmte Gattungen der Verbindlichkeiten des Schuldners eingeschränkt werden muß. Denn kann einmahl, wie ich erwiesen zu haben glaube, das Gesetz auf den Concurs der Gläubiger analogisch angewendet werden, so ist auch kein Grund abzusehen, warum es nicht in seinem ganzen Umfange, sondern nur blos nach dem Wortverstande angewendet werden soll, welches sich auch überdies gar nicht mit der Analogie des Rechts vertragen würde.

Die Worte Ulpians im *L. 8. §. 1. D. de rebus auctorit. Iudic. possidend.* — SERVABIT PRAETOR etc. zeigen deutlich, daß der von dem Schuldner zum Nachtheil der immittirten Gläubiger über den fundus, welcher der Gegenstand der Immission war, mit einem Dritten abgeschlossenen Pacht- und Kauf-Contract, nach strengen Recht nicht bestehen konnte, sondern blos nur von dem Prätor aus Billigkeit aufrecht erhalten wurde. Die alten römischen Rechtslehrer bedienten sich dieses Worts immer alsdann, wenn von Aufrechthaltung eines Geschäfts aus Billigkeit die Rede

war, welches nach strengem Recht nicht bestehen konnte, wie solches eine Menge Gesetze im römischen Rechtskörper z. B. *L.* 10. *D. de doli mali except. L.* 7. *§.* 7. *D. de Pactis. L.* 45. *D. de Rei vind. L.* 42. *§.* 1. *D. solut. matrim. L.* 4. *C. de usur.* bewahrheiten, wo das Wort — servare in dieser Bedeutung vorkommt. Da also blos Billigkeit dabey zum Grunde liegt, so möchte sich wol das Gesetz weiter ausdehnen, und auf die Erhaltung aller, dem Schuldner in Ansehung seines Vermögens gegen einen Dritten aufliegenden, Verbindlichkeiten erstrecken lassen. Allein nun ist es einestheils bekannt, welche schlimme Folgen die sogenannte Billigkeit der Prätoren nach sich zog, und daß selbst schon die römischen Rechtsgelehrten über die Ungerechtigkeit klagten, welche sehr oft unter dem Schein der Billigkeit ausgeübt wurde; anderntheils, daß die Grenzen der Billigkeit ganz unbestimmt waren, und blos alles darauf ankam, ob etwas dem Prätor, der in einem vorkommenden Fall unter dem Vorwande der Billigkeit, das strenge Recht umschuf, billig schien [13]). Sehr treffend urtheilt hierüber der Jurist Paulus im *L.* 91. *§.* 3. *D. de verbor. obligat.* wenn er bey Entscheidung eines gewissen Rechtsfalles sagt: Esse hanc quaestionem *de bono, et aequo*: in *quo genere plerumque sub auctoritate iuris scientiae pernicioſe erratur.* Dies vorausgesetzt bleibt es allemal ungewiß, ob der Prätor, von welchem hier Ulpian sagt: servabit venditionem, et locationem a debitore factam, auch in allen anderen Fällen die Verbindlichkeiten des Schuldners, welche derselbe in Hinsicht auf sein Vermögen gegen einen Dritten auf sich hatte, gegen die Gläubiger aufrecht zu erhalten willens war, oder solche aufrecht zu erhalten für billig gefunden haben würde; und läßt sich durchaus keine ausdehnende Erklärung des Gesetzes vertheidigen, welche Behauptung durch den allgemein anerkannten Grundsatz noch mehrere Unterstützung erhält, daß in zweifelhaf-

ten

ten Fällen immer eine solche Gesetz-Erklärung angenommen werden müsse, die am meisten mit natürlichen Rechts-Grundsätzen übereinkommt [14]). Und dies geschieht alsdann, wenn man das Gesetz auf den darin ausdrücklich erwähnten, von dem Schuldner abgeschlossenen Kauf- und Pacht-Contract einschränkt, und nicht auf alle persönliche Verbindlichkeiten desselben, womit er in Ansehung seines Vermögens einem Dritten verhaftet ist, ausdehnt, da aus dem Verhältniß der Gläubiger nach natürlichen Rechtsprincipien sich auf keine Weise es folgern läßt, daß sie zur Erfüllung auch nur einer derselben gehalten seyn sollten.

Schließe ich also alle ausdehnende Erklärung des *L.* 8. *§.* 1. *D. de reb. auctorit. Iudic. possidend.* aus, so ist auch die natürliche Folge; daß ich die analogische Anwendung dieses Gesetzes beym Concurse, auch nur unter gleichen Grundsätzen zulassen kann. Diesem zufolge nehme ich eine passive Repräsentation der Gläubiger, in Ansehung der persönlichen Verbindlichkeiten des Schuldners, womit derselbe einem Dritten, in Hinsicht auf sein Vermögen, verhaftet ist, beym Concurse nur in so ferne an, daß die Gläubiger, wenn 1) der Schuldner eins seiner Vermögensstücke an jemanden verpachtet hat, und bey dem Eintritt des Concurses die Pacht-Zeit noch nicht abgelaufen ist, die Gläubiger denselben nicht aus dem Pachtstücke vertreiben können [15]), imgleichen 2) wenn der Schuldner eine bestimmte zu seinem Vermögen gehörige Sache an jemanden verkauft, aber noch nicht übergeben hat, die Gläubiger solche verabfolgen lassen müssen [16]), versteht sich jedoch alles unter der, selbst im *L.* 8. *§.* 1. *D. de Reb. auctorit. Iudic. possidendis* enthaltenen Einschränkung, wenn der Schuldner bey der Schließung dieser Verträge nicht die Absicht gehabt hat, die Gläubiger dadurch zu hintergehen.

13) Glück a. a. O. §. 30.

14) NETTELBLADT Syſtem. element. Iurispr. poſit. Germanor. commun. general. §. 230.

15) BOEHMER l. c. §. 1.

16) FLEISCHER l. c.

§. 52.

Fernere Fortſetzung.

Eine zweyte hieher gehörige Frage von nicht geringerer Wichtigkeit, als die vorhergehende, iſt dieſe: Nehmen wir, durch die Analogie des *L.* 8. *§.* 1. *D. de reb. auctorit. Iudic. poſſidend.* und den Gerichtsbrauch unterſtützt, an, daß die Gläubiger zur Haltung des, von dem Gemeinſchuldner mit einem Dritten, über eins zu ſeinem Vermögen gehöriges Stück, gültig abgeſchloſſenen Pacht- oder Kauf-Contracts verbunden ſind, und denſelben nicht aus der gepachteten Sache vertreiben können, auch die ihm von dem Schuldner verkaufte Sache übergeben müſſen, — iſt nun wol etwas billiger als die Behauptung, daß die Gläubiger ebenfalls a) denjenigen Pacht-Contract, welchen der Schuldner über fremde Vermögensſtücke abgeſchloſſen hat, und welcher bey dem Eintritt des Concurſes noch nicht zu Ende gelaufen iſt, fortzuſetzen, und b) die von dem Schuldner erkaufte Sache gegen Erlegung des Kaufgeldes von dem Verkäufer entgegenzunehmen ſchuldig ſind, und wenn ſie ſolches nicht wollen, dazu durch Zwangs-Mittel angehalten werden können? — Billig, ſehr billig ſcheint dies allerdings zu ſeyn, und dieſer ſo große Anſchein der Billigkeit hat auch manchen Rechtslehrer ſchon verleitet, dieſe Frage geradezu (beſonders in ſo ferne ſie den Pacht-Contract betrifft, vermuthlich weil dieſer Fall am häufigſten vorkommt), zu bejahen, und ſolches durch

man-

mancherley Gründe zu rechtfertigen. Nam (schreibt Schorch [17]) der ebenfalls diese Frage bejahet) primo *iura aequalia* et *reciproca* debent *esse*, et quod *iustum est* intuitu *locationis a debitore bona fide factae*, *iustum esse* etiam *debet*, intuitu *conductionis per debitorem initae*, praesertim cum creditorum lucro et damno pro re nata, et locatio et conductio cedere possit. — Deinde argumentum a locatione ad conductionem, et vice versa valet, et locatio et conductio sunt correlativa, quae ad paria iudicanda, idque perpetuum est in iure, nisi aliqua diversitatis ratio in uno aliquo correlativorum assignari possit. Nulla vero sufficiens disparitatis ratio adduci potest, et potius aequitas in utroque casu locationis conductionis eadem est. Nam etsi dissentientes talem adferant, adserentes, Praetorem locationem ideo servare, quia auxilium Iuris quod creditoribus per missionem impertit in alterius iniuriam vergere non debeat, ideoque missionem nonnisi salvo conductionis iure anteriori praestari aequum sit, id quod vero cessaret in conductione per debitorem facta, quae bona aliena supponat, ad quae missio prorsus non pertineat: haec tamen ratio refert se tantum ad verum intellectum legis de missione loquentis, hic vero ubi de intellectu legis secundum usum fori, iuxta quem ad concursum creditorum — tracta est, loquimur, non stringit. *Aequitas* potius vult, ut sicuti iuxta legem nostram *locatio debitoris* in concursu Creditorum servanda est, ita et viciſſim *conductio debitoris* servetur. Neque hoc ipso, quod plures creditores concurrunt, tertii, ad quod negotium non pertinet, conditio deterior reddi debet. — So weit dieser Rechtslehrer, dessen eigene Worte ich um so lieber beyzubehalten mich geneigt fand, als sie im kurzen alle wesentliche Gründe für diese Meinung darstellen, welche er §. XV. noch einigermaßen genauer zu bestimmen sucht. Den Grund von der Gleichheit der

te bedient sich auch Leyser [18]) vorzüglich, welcher nebst anderen Rechtslehrern ebenfalls diese Meinung vertheidigt.

Ich habe schon oben erinnert, daß die Bejahung der vorgelegten Frage den Anschein aller Billigkeit an sich trage. Aber ist sie darum auch den Rechten gemäß, oder kann mit dem, was Rechtens ist, vereinbaret werden. Wird gleich in verschiedenen Stellen des römischen Rechtskörpers [19]) dem Richter empfohlen, die Billigkeit vor Augen zu haben; ja! rescribiren gleich die Kaiser Constantin und Licinius im *L.* 8. *C. de Iudiciis* mit ausdrücklichen Worten: Placuit in omnibus rebus praecipuam esse *iustitiae aequitatisque*, quam *stricti iuris* rationem, so ist es doch jetzt hinlänglich erwiesen [20]), daß alles dieses nur blos davon zu verstehen sey, daß der Richter nicht blos auf die Worte des Gesetzes bey der Anwendung desselben allein Rücksicht nehmen, sondern auch zugleich den Sinn des Gesetzgebers, die Umstände der Sache, und die besonderen Eigenschaften und Verhältnisse der Personen in Betrachtung ziehen solle, nicht aber davon, daß der Richter mit Hintenansetzung der gesetzlichen Vorschriften nach seinem Gutdünken verfahren könne. — Und tritt dann gleich, wenn kein Gesetz vorhanden ist, das entscheidet, auch keine richtig abstrahirte Analogie die Entscheidung darbietet, das Arbitrium Iudicis ein, so kann doch auch alsdann, wie von angesehenen Rechtslehrern [21]) gründlich gezeigt worden, der Richter nicht nach seinem Gutdünken entscheiden, sondern muß sich an dem halten, was aus natürlichen Grundsätzen folgt.

Dies vorausgesetzt behaupte ich mit Böhmer [22]), daß die oben vorgelegte Frage mit Nein beantwortet werden müsse, und die Gläubiger nicht gezwungen werden können, den von dem Schuldner über fremde Vermögensstücke abgeschlossenen Pacht-, oder Kauf-Contract gegen sich gelten zu lassen. Ich hoffe, daß die

Grün-

Gründe, welche ich zur Vertheidigung meiner Behauptung hervorbringen werde, leicht das Uebergewicht erhalten sollen.

Da ich alles, was nur nach der Universal-Successsion der Gläubiger beym Concurse schmeckt, bereits oben zu mehreren malen, als vernunft- und gesetzwidrig verbannt habe, und glauben kann, daß die ebenfalls oben angegebenen Gründe, welche mich dazu bewogen haben, als triftig werden befunden werden, so übergehe ich diesen Punct bey der Entscheidung der vorliegenden Frage ganz, welchen die Gegner bey ihrer Behauptung als ein sehr triftiges Argument anzuführen, nicht vergessen. Um die Frage zu bejahen, kann man sich nur zweyer Argumente bedienen, nemlich 1) die Analogie des *L.* 8. *§.* 1. *D de reb. auct. iudic. possidend.* 2) der Billigkeit, und des Grundsatzes, daß, was dem einen recht sey, auch dem andern billig seyn müsse. Daß beyde Argumente aber nichts beweisen, will ich sogleich darzuthun mich bemühen.

Mittelst 1) der Analogie des *L.* 8. *§.* 1. *D. de Reb. auctor. Iudic. possidend.* läßt sich durchaus nicht vertheidigen, daß die Gläubiger zur Erfüllung des von dem Schuldner über fremde Vermögensstücke abgeschlossenen Pacht-, oder Kauf-Contract zu halten verbunden wären, — denn es fehlt dieser vorgeblichen Analogie an richtigen Grundsätzen. Ich habe oben erwiesen, daß das Gesetz wegen seines schwankenden Grundes, und weil man keine Grenzen der prätorischen Billigkeit anzugeben im Stande ist, nicht ausdehnend erklärt werden dürfe, sondern auf seinen Wortverstand eingeschränkt werden müsse. Diese Einschränkung betrifft nicht nur die darin benannten Verträge, sondern auch alle Neben-Umstände, die das Gesetz unterstellt. Dem zufolge kann das Gesetz nach einer richtigen Interpretation, auch nur von dem, von dem Gemeinschuldner über seine eigene Vermögensstücke, mit einem

frem-

fremden abgeschlossenen Pacht- und Kauf-Contract, nicht aber von dem verstanden werden, welchen der Schuldner über fremde abgeschlossen hat. Ist dies die richtige Erklärung des Gesetzes, woran niemand, der nur die Grundsätze von Gesetz-Erklärung richtig gefaßt hat, zweifeln wird; so ist nichts natürlicher, als daß sich von dem Gesetze keine stärkere analogische Anwendung beym Concurse der Gläubiger machen läßt, als das Gesetz selbst nach einer richtigen Erklärung besagt, wenn man anders den Begriff von der Analogie des Rechts gelten lassen will, nach welchem selbige eine in dem Gesetz nicht enthaltene aber aus der Absicht und den Bestimmungs-Gründen des Gesetzgebers gefolgerte Entscheidung — und zwar, wie hier der Fall ist, durch ein Argument von einem ähnlichen Fall gefolgerte Entscheidung eines zweifelhaften Rechtsfalls ist, oder wie sie Nettelbladt [23]) definirt, eine convenientia cum principiis Iuris in legibus positivis contentis. Ut detegi possit, fährt dieser scharfsinnige Rechtslehrer fort, quid iustum sit secundum analogiam Iuris, argumentandum est ex principiis iuris in legibus obviis. Es ist also der Satz grundfalsch, daß mittelst der Analogie des *L.* 8. *§.* 1. *D. de reb. auct. iud. possid.* die Gläubiger zur Haltung des von dem Schuldner über fremde Sachen abgeschlossenen Pacht- und Kauf-Contracts verbunden werden müßten, da diese Analogie nach genauer Prüfung eine bloße Chimäre ist.

Gleichergestalt verhält es sich 2) mit dem von der Billigkeit und dem Princip, daß, was dem einen recht ist, auch dem andern billig seyn müsse, hergenommenen Grunde. Was soll denn hier — Billigkeit bedeuten? Versteht man darunter das, was einem so zu seyn dünkt, so habe ich oben bewiesen, daß darauf der Rechtsgelehrte bey der Entscheidung einer streitigen Frage nicht sehen darf, wenn's auch gleich nicht einem, sondern mehreren

reren billig scheinen sollte. — Und versteht man darunter das, was dem Sinn des Gesetzgebers gemäß ist, so fehlt es auch hier, indem, wie ich ebenfalls gezeigt habe, aus dem L. 8. §. 1. *D. de reb. auct. Iud. possid.* sich nichts folgern läßt. — Und andere Gesetze giebt es nicht, die hier zur Entscheidung gebraucht werden könnten. Und wo will man endlich den Beweis hernehmen, daß das, was ein Gesetz in Ansehung des einen als Recht erkennt, auch in Ansehung eines andern in gleichem Verhältnisse als Recht angenommen werden müsse, zumahl da der geringste Neben-Umstand der Sache eine andere Wendung geben kann.

Ich gebe gerne zu, daß ein Pacht- und Kauf-Contract des Schuldners über fremde Güter im allgemeinen nach denselben Grundsätzen beurtheilet werden müsse, wornach derjenige beurtheilet wird, welchen er über eigene Güter abgeschlossen hat, indem ein Pacht- oder Kauf-Contract dem andern im wesentlichen immer gleich seyn muß. Ob aber daraus, wie Schorch [24]), glaubt, nothwendig folgt, daß so wie die Gläubiger die von dem Schuldner über eins seiner Vermögensstücke geschlossenen Pacht- oder Kauf-Contract zu respectiren verbunden sind, sie ebenfalls den von dem Schuldner über ein fremdes Vermögensstück geschlossenen Pacht- oder Kauf-Contract anerkennen müssen, ist eine andere Frage, die ich durchaus leugne. Denn hier ist von einem Neben-Umstand die Rede, — von einer Ausnahme von der Regel, wo jemand aus dem Vertrag eines andern verbunden werden soll, da doch nur eigentlich jeder Vertrag die Contrahenten bindet, nicht aber von den Eigenheiten eines jeden Pacht- oder Kauf-Contracts.

Was ist nun das Resultat dieser Untersuchung, die wegen der Wichtigkeit ihres Gegenstandes eine so weite Ausdehnung sehr gut entschuldigen läßt. — Kein anderes als dieses: da jene Frage weder aus einem Gesetz, noch vermöge einer richtigen analogischen Anwendung

des

des *L.* 8. *§.* 1. *D. de Reb. auctor. Iudic. possid.* entschieden werden kann; so bleibt nichts übrig, als sie aus der Natur der Sache, und dem durch den Concurs hervorgebrachten Verhältnisse zu entscheiden, nicht aber nach einer blos imaginirten Billigkeit, die nie die Führerin des Rechtsgelehrten seyn muß. Diesem zufolge aber ist sie, wie ich behauptet habe, zu verneinen, indem wie oben gezeigt worden, aus dem Concurs-Verhältniß nicht abgeleitet werden kann, daß die Concurs-Gläubiger zur Erfüllung der persönlichen Verbindlichkeiten angehalten werden können, womit der Schuldner in Hinsicht auf sein eigenes Vermögen jemanden verhaftet ist, viel weniger also die Verträge zu erfüllen, die er über fremde Vermögensstücke errichtet hat [25]).

17) in Opuscul. *l. c. §. XIV.*

18) Meditat. ad Pandect. *Spec.* 494. *Med.* 10.

19) *L.* 90. *D. de Regul. Iuris.*

20) Glück Erläuterung der Pandecten nach Hellfeldt. 1 Th. §. 30.

21) *Ioh. Lud. Ern.* PÜTTMANN Pr. de arbitrio Iudiciis e foro iudicisque eliminando. *Lipſ.* 1771. NETTELBLADT S. e. iurispr. posit. Germ. §. 266.

22) in Elect. Iur. Civil. *Ex. XI. §. II.*

23) *l. c. §.* 172.

24) l. c.

25) Wollen also die Gläubiger nicht aus freyen Stücken den Pacht-Contract fortsetzen, oder den Kauf-Contract in Erfüllung bringen, so muß der fremde Verpächter oder Verkaufer seinen Schaden beym Concurs liquidiren, und nun unter die Concurs-Gläubiger auftreten. Vergleiche Böhmer. a. a O. §. V.

Zweytes Hauptstück.

Von dem Concurs-Gerichte

(FORUM IN CONCURSU CREDITORUM COMPETENS).

§. 53.

Einleitung.

Wir haben in dem vorigen Hauptstück gesehen, daß der Concurs den Gläubigern das Recht verleiht, sich an dem Vermögen des verarmeten Schuldners zu erhohlen, und darüber zu ihrer Befriedigung zu verfügen, daß aber diese Verfügung nicht ihrer Willkühr überlassen sey, sondern unter richterlicher Oberaufsicht, und Direction geschehen müsse; — ferner, daß die Gläubiger über den Vorzug und die Erstigkeit ihrer Forderungen gerichtlich mit einander streiten müssen, und endlich unter ihnen in Hinsicht auf ihre wirkliche Befriedigung, so lange eine Gleichheit der Rechte hervorgebracht werde, bis der Richter in Maasgabe der Gesetze die Ordnung bestimmt hat, worin ihre allerseitige Befriedigung erfolgen soll. Da also bey einem Concurse, die richterliche Concurrenz theils durch Gesetze, theils durch den Gerichtsbrauch als nothwendig begründet ist, so führt uns dies auf die Untersuchung der Frage: welches denn dasjenige Gericht sey, dem das Recht zuständig ist, bey entstandenem Concurse der Gläubiger sich der Direction des Concurs-Wesens, und überhaupt der in den Gesetzen, und dem Gerichtsbrauch begründeten richterlichen

chen Concurrenz beym Concurse anzumaßen? — eine Frage, die um so wichtiger ist, als der Schuldner zuweilen mehreren Gerichten unterworfen ist [26]), und daher sehr leicht unter denselben, wegen dieser Concurrenz, bey dem über seinem Vermögen ausgebrochenem Concurse, Streitigkeiten entstehen können. Dasjenige Gericht, welches beym Concurse zu concurriren, und die dabey erforderlichen gerichtlichen Handlungen vorzunehmen berechtiget ist, nenne ich das Concurs-Gericht (forum in concursu creditorum competens).

26) Daß das Concurs-Gericht durchaus ein solches seyn müsse, dessen Gerichtsbarkeit der Gemeinschuldner unterworfen ist, ist unleugbar daraus gewiß, weil bey dem ganzen Concurs-Wesen die Gläubiger immer als Kläger, und der Gemeinschuldner als Beklagter zu betrachten sind, mithin die Regel actor sequitur forum rei dieser Behauptung die stärkste Beweiskraft verleiht.

§. 54.

Meinungen der Rechtslehrer über den Punct: welches Gericht beym Concurse der Gläubiger als forum competens anzunehmen sey?

Ueber die Frage: welches Gericht beym Concurse der Gläubiger als forum competens anzunehmen sey? sind die Rechtslehrer in ihren Meinungen getheilt. Die gemeine Meinung ist, daß das forum domicilii des Schuldners als alleiniges forum competens angenommen, und diesem die Direction des ganzen Concurs-Wesens überlassen werden müßte [27]). Dahingegen machen andere Rechtslehrer den Unterschied: Ob unter dem foro domicilii des Schuldners zugleich der größte Theil seines Vermögens belegen ist, oder solcher vielmehr unter der Jurisdiction eines andern Gerichts angetroffen wird. In dem ersteren Fall behaupten sie, müsse das forum domicilii des Schuldners als Concurs-Gericht an-

angenommen werden, dahingegen in dem letzteren Fall demjenigen Gerichte, unter dessen Gerichtsbarkeit der größte Theil des schuldnerischen Vermögens belegen ist, die Direction des Concurs-Wesens überlassen, und solches als competent angenommen werden müßte [28]).

27) LAUTERBACH Colleg. theoret. practic. *L.* 42. *T.* 5. *§.* 22. SCHAUMBURG Princip. prax. Iurid. Iudiciar. *L.* 2. *C.* 8. *§.* 3. *Io. Aug.* HELLFELDT in Iurisprudent. forens. §. 1815. Sebast. Ad. Krafts practische Anmerkungen über den Concurs-Proceß §. 2. u. a. m.

28) *Ioh. Frid.* WAHL D. de Iudice in concursu creditorum competente *Goett.* 1750. *Dan.* NETTELBLADT Systema elementare Iurisprudent. positiv. Germanor. comm. general. §. 808. LEYSER Meditat. ad Pandect. *Spec.* 72. *Med.* 6.

§. 55.

Deren Prüfung, und Resultat.

Bey beiden Meinungen, deren ich im vorigen Paragraphen Erwähnung gethan habe, liegt ein und eben dasselbe Princip zum Grunde, und die bey der letzteren vorkommende Distinction beruht einzig, und allein darauf, daß auf dem Fall, wenn der größte Theil des schuldnerischen Vermögens, unter einem anderen Gerichtsstande, als unter dem foro domicilii des Schuldners belegen seyn sollte, dorten das ganze Concurs-Wesen füglicher und mit mehrerer Gemächlichkeit, als in dem foro domicilii des Schuldners zu Ende gebracht werden könne, mithin aus diesem Grunde von der allgemeinen Regel eine Ausnahme gemacht werden müßte, — welche Ausnahme man denn dadurch zu entschuldigen sucht, daß in den Gesetzen selbst aus eben demselben, oder einem anderen ähnlichen Grunde sehr häufig Ausnahmen von der Regel angetroffen würden. Ja! Leyser [29]), glaubt sogar, daß diese Ausnahme sich sehr

gut aus dem *L. 2. pr. D. de curat. bon. dand.* vertheidigen lasse. Wir haben daher nur den allgemein von den Rechtslehrern angenommenen Grundsatz zu prüfen, aus welchem die Competenz des fori domicilii des Schuldners als Concurs-Gerichts abgeleitet wird, indem, wenn dieses die Probe halten sollte, sich auch sehr leicht bestimmen läßt: ob jene Ausnahme von der Regel als richtig angenommen werden kann.

Die Competenz des fori domicilii des Schuldners als Concurs-Gerichts wird daher abgeleitet, weil beym Concurse Klagen allerley Art gegen den Gemeinschuldner angebracht würden, und das forum domicilii des Schuldners nur als dessen einziges forum generale anzunehmen sey, wo sowol persönliche, als dingliche Klagen gegen ihn angebracht werden können, man also ein solches forum des Schuldners als Concurs-Gericht annehmen müsse, wo allerley Ansprüche gegen denselben geltend gemacht werden könnten. Scheint gleich dieses Princip mit den oben vorgetragenen Grundsätzen nicht völlig zu harmoniren, so bleibt es doch, wenn man alles hinlänglich erwägt, ohnstreitig gewiß, daß es nur als das alleinige Princip angenommen werden muß, woraus die oben vorgelegte Frage berichtiget werden kann. Denn der Concurs der Gläubiger bringt unter den Forderungen aller Gläubiger eine solche allgemeine Verbindung hervor, daß nunmehr jeder Gläubiger, der noch nicht gegen den Schuldner auf seine Befriedigung geklagt hat, sich ebenfalls gerichtlich zu melden gezwungen wird, wenn er nicht bey dem gegenwärtigen Concurs-Wesen zu kurz kommen will. Ist dies aber der Fall, wie keiner ableugnen wird, so muß durchaus ein solches Gericht, als Concurs-Gericht angenommen werden, bey welchem Ansprüche allerley Art gegen den Schuldner geltend gemacht werden können, und welches allgemein in Angelegenheiten des Schuldners durchzugreifen im Stande ist. Dazu kommt noch,

daß

daß auch hier die Regel — actor sequitur forum rei, ihre gute Anwendung findet, vermöge welcher der Schuldner, wenn man auch ein anderes Gericht als Concurs-Gericht annehmen wollte, nicht gezwungen werden kann, sich vor demselben auf solche gegen ihn erhobene Klagen einzulassen, die eigentlich nur vor das forum domicilii des Schuldners gehören.

Aus dem letzteren Argument, dessen ich mich hier bedient habe, um die Competenz des fori domicilii des Schuldners, als Concurs-Gerichts zu behaupten, glaube ich, muß auch der Punct berichtiget werden: ob von dieser Regel alsdann eine Ausnahme zu machen sey, wenn der größte Theil des schuldnerischen Vermögens unter einem anderen Richter, als unter dem Richter des fori domicilii des Schuldners belegen ist. Meiner Einsicht nach kann man diese Ausnahme durchaus nicht gelten lassen, weil die bloße Bequemlichkeit bey der Führung des Concurswesens keinen hinlänglichen Grund abgiebt, von der allgemeinen Regel abzuweichen, indem dergleichen Ausnahmen nicht nach bloßer Willkühr, sondern nur unter dem Beystande der Gesetze gemacht werden dürfen. Nun aber fehlt es überhaupt an Gesetzen, die in Ansehung des Concurs-Gerichts etwas bestimmten, am allerwenigsten sind also solche vorhanden, woraus sich diese Ausnahme rechtfertigen ließe. Denn der *L. 2. pr. D. de Curator. bon. dand.* wodurch nach Leyſers Meinung diese Ausnahme von der Regel unterstützt wird, ist hier gar nicht anwendbar. Es ist darin von der Bestellung eines Güter-Vertreters die Rede, worum der Prätor, und wenn die Güter des Schuldners in der Provinz belegen sind, und verkauft werden sollen, der Praeses provinciae von den Gläubigern angegangen werden soll. De curatore constituendo (heißt es daselbst) hoc iure utimur, *ut Praetor adeatur isque curatorem curatoresque constituat* ex consensu maioris partis creditorum: vel *Praeses Provinciae*, si *bona*

distrahenda in Provincia sunt. — Wie paßt aber alles dieses auf das Concurs-Gericht, und die in Ansehung desselben vorkommenden Fragen? wozu noch kommt, daß dieses Gesetz sich auf eine römische Procedur beym Concurse begründet, die sehr von der heutigen verschieden ist, und daher dem Gesetze alle directe Anwendbarkeit abgesprochen werden muß. Zudem redet das Gesetz selbst auch nicht einmal von der Direction des ganzen Concurswesens, sondern nur blos von der Veräußerung der schuldnerischen Güter, wovon als einer einzelnen zum Concurswesen gehörigen Handlung, zumal wenn man alle hier zum Grunde liegende Umstände genau erwägt, nimmermehr ein Schluß aufs Ganze gemacht werden kann.

Erwägt man hiebey endlich noch, daß der Schuldner, wenn man jene Ausnahme gelten lassen wollte, offenbar an seinen wohlerworbenen Rechten gekränkt werden würde, so fällt vollends alles dahin, was sich sonsten noch für das Gute derselben wegen der bequemeren Behandlung des Concurs-Wesens sagen ließe.

29) a. a. O.

§. 56.

Von den Verbindlichkeiten des Concurs-Gerichts, und den sich hierauf beziehenden Gerechtsamen desselben.

Dem Concurs-Gerichte liegt in Absicht auf das Concurswesen die Verbindlichkeit ob, dahin zu sorgen, daß alle noch unbekannte Gläubiger mit dem Zustande des schuldnerischen Vermögens bekannt werden mögen, und das ganze Concurswesen in der besten Ordnung und so zu Ende gebracht werde, daß weder der Gemeinschuldner, noch die Gläubiger, sowohl im Ganzen, als im Einzeln dabey Nachtheil erleiden. Alle hierauf sich beziehende Gerechtsame müssen daher auch dem Concurs-Gerichte zugesprochen werden. Ich finde es der Vollständigkeit halber nöthig, diese Gerechtsame des Concurs-

Ge-

Gerichts, wenigstens die vorzüglich wichtigen, im kurzen anzugeben. Es gehört dahin

I) das Recht, dem Gemeinschuldner nach ausgebrochenem Concurse alle fernerweitige Administration seines Vermögens zu untersagen, die schuldnerischen Effecten zu versiegeln, denselben aus seinen Gütern zu ermittiren, die Inventur des schuldnerischen Vermögens zu besorgen, und bey der Ausübung der den Gläubigern darüber erworbenen Gerechtsame z. B. bey der Verpachtung, Veräußerung u. s. f. der schuldnerischen Grundstücke, zu concurriren [30]).

II) Das Recht, die Edictal-Citation zu erlassen, und mittelst derselben die noch unbekannten Gläubiger vorzuladen, ihnen einen gewissen Termin zur Anbringung ihrer Ansprüche gegen den Schuldner zu bestimmen, und diejenigen, welche sich während dieser Zeit nicht gemeldet haben, von dem Concurse zu präcludiren [31]).

III) Das Recht, unter den Gläubigern eine gütliche Vereinbarung zu versuchen, und wenn diese nicht erfolgt, den Concurs-Proceß zu eröffnen.

IV) Das Recht, den Contradictor zu bestellen, imgleichen den Curator bonorum, wenn sich die Gläubiger über dessen Bestellung nicht sollten vereinbaren können [32]).

V) Das Prioritäts-Verfahren unter den Gläubigern zu instruiren [33]).

VI) Das Vorzugs-Recht unter den Gläubigern, oder die Ordnung, worin die Gläubiger ihre Befriedigung entgegen nehmen sollen, durch eine Sententz zu bestimmen, welche die Locations- oder Classifications-Sententz (sententia classificatoria, prioritatis) genannt wird [34]).

VII) Das schuldnerische zu Gelde geschlagene Vermögen durch den Distributions-Bescheid un-

unter den Gläubigern zu vertheilen, und so dem gegenwärtigen Concurswesen ein Ende zu machen [35]).

30) Justus Clapproth vom Concurs-Proceß. S. 20. und in seiner Iurisprudentia extraiudiciali §. 125.

31) *Io. Gottfr.* SCHAUMBURG princip. prax. Iuridic. Iudiciar. *L.* 2. *C.* 8. §. 4. *Ernest. Gothofr.* KLÜGEL D. de caussis citationis edictalis §. IV. Von der Einrichtung der Edictal-Citation hat Kraft in den practischen Anmerkungen über den Concurs-Proceß §. 65. sehr ausführlich gehandelt.

32) Vergleiche den §. 35.

33) Siehe den angeführten Clapproth S. 124.

34) Clapproth a. a. O.

35) Clapproth a. a. O. S. 175.

§. 57.

Von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts.

Dem Concurs-Gericht wird auch von den Rechtslehrern eine sogenannte, anziehende, Kraft (vis attractiva) beygelegt, über welchen wichtigen Punct wir uns in eine umständliche Untersuchung, und Erörterung einlassen müssen. Man versteht darunter den gedoppelten Effect, daß 1) alle gegen den Gemeinschuldner bey anderen Gerichten obschwebende Processe, in dem Zustande, wie sie sich zur Zeit des entstandenen Concurses befunden, an das Concurs-Gericht zur weiteren Erörterung, und Entscheidung abgegeben werden müßten! Ferner 2) daß alle Güter und Vermögensstücke des Schuldners, die unter einer anderen Gerichtsbarkeit belegen sind, von dem Concurs-Richter zur Concurs-Masse gezogen, und

der Disposition des Concurs-Gerichts unterwürfig gemacht werden könnten. Ich werde zuvörderst von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, in Ansehung der, gegen den Schuldner, zur Zeit des entstandenen Concurses anderwärts obschwebenden Streitsachen handeln, und prüfen, in wie ferne solche als gegründet angenommen werden könne, — nicht als ob sie auf die zweyte Gattung dieser anziehenden Kraft einen so starken Einfluß hätte, daß von ihr zuerst gehandelt werden müßte, sondern weil mir die Ordnung dazu die Hand biethet.

§. 58.

a) in Ansehung der gegen den Gemeinschuldner vor anderen Gerichten obschwebenden Processe.

Was a) die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung der gegen den Gemeinschuldner vor anderen Gerichten obschwebenden Processe anbetrifft, so wird solche fast durchgehends von den Rechtslehrern, und so allgemein vertheidiget, daß sie sich auf Streitsachen allerley Art, die gegen den Schuldner anderwärts anhängig sind, und ohne Unterschied, ob sie vor den Gerichten desselben Territoriums, worin sich das Concurs-Gericht befindet, oder eines anderen obschweben, erstrecken müsse [36]). Indes so fehlt es auch nicht an bewährten Rechtslehrern, welche diesen Satz als viel zu allgemein auf mancherley Art einschränken. So z. B. nimmt Ludovici [37]) davon diejenigen bey anderen Gerichten obschwebende Processe aus, bey welchen der Schuldner als Kläger aufgetreten ist. So schränkt Just. Henning Böhmer [38]) diese anziehende Kraft blos auf diejenigen Klagen ein, welche gegen den Schuldner vor anderen Gerichten anhängig sind, und Befriedigung aus dessen Vermögen betreffen. So endlich schließen Johann Friedrich Wahl [39]),

Christian Gmelin [40]), und Johann August Reichardt [41]) von dieser anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, alle Processe aus, welche gegen den Schuldner vor den Gerichten eines andern Territoriums anhängig sind, indem hier wegen der besonderen deutschen Staats-Verfassung die römischen Grundsätze von der continentia causſarum (woraus man vorzüglich die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts (Siehe den §. 59.) vertheidiget) wegfallen müssen; welchen auch Clapproth [42]) beypflichtet, aber außerdem auch noch in Ansehung der, in demselben Lande, wo sich das Concurs-Gericht befindet, gegen den Gemeinschuldner anhängigen Rechtssachen, die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in sehr enge Grenzen zurück führt. „In Ansehung der Rechtshängigkeit (schreibt dieser Rechtsleh-„rer) ziehet der erregte Concurs alle andere das Con-„curswesen betreffende Rechtsstreitigkeiten, ob sie gleich „bey anderen Gerichten in demselben Lande an-„hängig, und vielleicht schon entschieden sind, an „sich. Andere Rechtsstreitigkeiten, welche entweder „blos persönliche Leistungen betreffen (obligationes per-„sonalissimas) oder wodurch Güter oder Gerechtsame „mit dinglichen Klagen in Anspruch genommen sind, „alle Forderungen, welche der Schuldner einzuklagen „angefangen hat, bleiben bey dem Gerichte, wo sie an-„hängig sind."

In einer auf der Universität Rostock vor einigen Jahren erschienenen Disputation [43]), ist die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung der gegen den Schuldner vor anderen Gerichten obschwebenden Processe am meisten bestritten worden. Der Verfasser derselben behauptet, daß solche sich weder aus den Gesetzen, noch aus der Natur der Sache vertheidigen lasse, sondern die gegen den Gemeinschuldner bey dem Eintritt des Concurses anderwärts anhängigen Processe, dorten fortgesetzt und entschieden, und nur zum Zweck der Execution,

cution, alsdann ad forum concursus remittirt werden müssen, wenn das Erkenntniß Befriedigung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners fordere, folglich nur in dieser besonderen Rücksicht der Satz: daß das Concurs-Gericht die anderswo anhängigen Processe gegen den Schuldner an sich ziehe, gelten könne.

36) SALGADO DE SAMOZA in labyrintho creditorum concurrentium *P.* I. *C.* 3. *seq.* BRUNNEMANN de processu concursus Creditorum cum notis STRYCKII §. 8. *Ioh. Auguſt.* HELLFELDT in Iurispr. forensi. §. 1812. *I. G.* SCHAUMBURG *l. c.* §. 2. *Q. S. F.* RIVINUS de exception. dilator. *O.* 18. *nr.* 5. und 6. *Frid. Esaias* a PUFFENDORFF Observat. Iuris. Universi *T.* I. *Obs.* 217. *Sam.* STRYCK usus modernus Pandector. L. 2. P. 2.

37) Einleitung zum Concurs-Proceß Cap. I. §. 4. folg.

38) in Introduct. in Ius. Digestor. *L.* 42. *T.* 5. §. 17.

39) D. de Iudice in concursu Creditorum competente. *Goetting.* 1750. §. 29.

40) in der Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 21.

41) in D. de effectu fori concursus Creditorum universalis ratione bonorum territorii alieni. Ien. 1775.

42) vom Concurs-Proceß. S. 22.

43) Diese sehr wohlgerathene Abhandlung führt den Titel: *Georg* WIESE (*praes. Walter Vincent* WIESE) de Concursu Creditorum lites alibi pendentes non turbante. *Rost.* 1789. Zweifel gegen die Richtigkeit des gemeinen Lehrsatzes von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung der gegen den Schuldner bey anderen Gerichten anhängigen Processe finden sich auch schon in der oben angeführten Reichardtschen Dissertation, und nur das Thema der Abhandlung schränkte ihre weitere Ausführung auf sich ein.

§. 59.

Gründe für dieselbe.

Es muß nie die Sache eines wahren Rechtsgelehrten seyn, bloßen Autoritäten, und Meinungen anzuhängen, und eben so wenig Neuerungen aus dem Grunde, weil sie Neuerungen sind, als richtig anzunehmen, sondern alles gehörig zu prüfen, und alsdann das Gute zu behalten. Bey dieser Gesinnung werden wir uns vor allen Dingen es angelegen seyn lassen müssen, zu untersuchen: aus welchen Gründen man die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts, in Ansehung der, gegen den Schuldner anderwärts anhängigen Rechtssachen zu vertheidigen sucht, indem wir solchergestalt nur in den Stand gesetzt werden können, darüber richtig zu urtheilen, ob diese Gattung der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts als richtig anzunehmen sey, oder entweder ganz oder zum Theil verworfen werden müsse.

Der Hauptgrund, dessen sich die Rechtslehrer, welche die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung aller gegen den Gemeinschuldner bey anderen Gerichten anhängigen Rechtssachen vertheidigen, bedienen, ist dieser: durch den Concurs, sagen sie, wird eine Connexität unter allen den Schuldner betreffenden Rechtssachen hervorgebracht. Da nun die Gesetze verordnen, daß überhaupt causſae connexae nicht getheilt, sondern vor einem, und eben demselben Gerichte vorgenommen, und zu Ende gebracht werden sollen; so ist nichts natürlicher, als daß auch hier beym Concurse, wo eine allgemeine Connexität zwischen allen den Schuldner betreffenden Angelegenheiten entstanden ist, die gegen den Gemeinschuldner vor anderen Gerichten obschwebende Rechtssachen, von dem Concurs-Gericht, als mit den, vor demselben anhängigen, und dahin gehörigen Angelegenheiten, zur Untersuchung und Entscheidung an sich gezogen werden müssen.

Außer-

Außerdem bedient man sich noch anderer Gründe zur Vertheidigung dieser anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, wovon die vorzüglichsten diese sind. 1) Beym Concurse gehe das ganze Vermögen des Schuldners, mit Einschluß aller demselben zuständigen Gerechtsame auf die Gläubiger über. Aus dieser Translation entstünde nun ein Iudicium universale, welches zur Folge habe, daß alle gegen den Schuldner vor anderen Gerichten obschwebende Rechtssachen von dem Concurs-Gerichte an sich gezogen werden könnten. 2) Der Endzweck beym ganzen Concurs-Wesen gehe dahin, daß das schuldnerische Vermögen unter die Gläubiger, nach der durch Gesetze, oder dem Gerichtsbrauch bestimmten Ordnung unter die Gläubiger vertheilet werde. Dies könne nun aber nicht anders geschehen, als wenn alle Gläubiger vor das Concurs-Gericht ihre Ansprüche anbrächten, und den Vorzug und die Erstigkeit derselben darthäten, indem es ja sonst dem Concurs-Gerichte nicht möglich sey, seine Obliegenheiten zu erfüllen, und die Gläubiger so zu classificiren, als sie doch classificirt werden müßten. Wollte man nun behaupten, daß jeder gegen den Gemeinschuldner bey anderen Gerichten anhängige Proceß, nach entstandenem Concurse, dorten fortgesetzt, und zu Ende gebracht werden könnte, so würde es sich leicht ereignen, daß wegen der Unbekanntschaft mit den Rechten und Vorzügen der Gläubiger, ein schlechter Gläubiger dem noch so sehr bevorzügten Gläubiger vorgezogen würde, welches doch die Gesetze misbilligten. Ich übergehe eine Menge anderer Gründe, welche von einigen Vertheidigern der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts für dieselbe noch angeführt werden [44]), weil sie gar nicht einmahl zur Sache passen, mit Stillschweigen, und eben so verschiedene Gesetze [45]), die man zur Unterstützung dieses Lehrsatzes anführt, weil sie gleichsam mit den Haaren herbey gezogen sind, zu viel, und eben darum gar nichts beweisen.

Aber,

Aber, wenn man nun den gemeinen Lehrsatz, von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, in Ansehung der gegen den Schuldner, bey anderen Gerichten anhängigen Rechtssachen annimmt; wie kommen denn nun diese an das Concurs-Gericht? — Fallen sie demselben ipso Iure anheim, oder muß dasselbe Handlungen unternehmen, wodurch es das weitere Verfahren der Gerichte, vor welchen sie anhängig sind, stöhrt, und sie an sich zieht? Ueber diesen Punct ist man sich keinesweges einig. Leyser [46]) glaubt: Schon die von dem Concurs-Gerichte erlassene Edictal-Citation bewirke es, daß alle vor anderen Gerichten gegen den Gemeinschuldner anhängigen Processe sistirt würden, und an das Concurs-Gericht abgegeben werden müßten. Sufficit (sagt er) sola edictalis citatio ad omnes creditores directa. Haec *omnes confestim alios processus sistit*, efficitque, ut quidquid postea in aliis Iudiciis actum fuit, nullum sit. Dahingegen behaupten andere Rechtsgelehrten [47]), daß der Edictal-Citation eine solche Wirkung nicht beygelegt werden könne, sondern der Concurs-Richter die bey anderen Gerichten gegen den Schuldner rechtshängigen Sachen, entweder gradezu, oder durch Requisitorial-Schreiben abrufen müsse, welche alsdann diese zu respectiren verbunden wären. Man gesteht also dem Concurs-Gerichte, wenn nicht immer directe, doch wenigstens indirecte das Recht zu, anderen Gerichten das weitere Verfahren, in den bey ihnen anhängigen Rechtssachen gegen den Schuldner, zu inhibiren und solche zu avociren.

44) Man sehe die oben angeführte Dissertation von Wiese §. 8. — 10. wo eine Menge solcher nichtsbedeutender Gründe gesammlet ist.

45) z. B. *L.* 61. *D. de Iudiciis. L.* 12. *D. de reb. auctor. Iudic. possidend.*

46) in Meditat. ad Pandect. *Spec.* 478. *Med.* 9.

47)

47) SALGADO DE SAMOZA *l. c. Cap.* 5. Ludovici Einleitung zum Concurs-Proceß. Cap. 1. §. 4.

§. 60.

Prüfung dieser Gründe.

Prüft man die Gründe, welche die Vertheidiger der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, in Ansehung der, vor anderen Gerichten, gegen den Gemeinschuldner anhängigen Rechtssachen, für ihre Behauptung anführen, mit der, der Wichtigkeit dieser Materie, schuldigen Aufmerksamkeit, so findet es sich bald, daß sie keinesweges stark genug sind, um solche zu erweisen. Um diese unsere Behauptung recht einleuchtend zu machen, wollen wir einzeln die Gründe durchgehen, welcher man sich zur Vertheidigung der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts bedient, und sie einer strengen Beurtheilung unterwerfen, und mit dem ersteren, nemlich dem Haupt-Argument den Anfang machen.

Das Haupt-Argument der Vertheidiger der anziehenden Kraft des Concurses in der mehrerwähnten Rücksicht, ist, wie ich oben gezeigt habe, von der Connexitate Caussarum hergenommen, welche unter den, den Schuldner betreffenden Rechtssachen durch den Concurs hervorgebracht wird. Die Prüfung dieses Arguments setzt eine genaue Bekanntschaft mit dem, was man unter connexitas caussarum überhaupt versteht, und den von caussis connexis geltenden Grundsätzen voraus, worauf es beruht, und daher wird es nöthig seyn, theils zur mehreren Deutlichkeit, theils zur Erleichterung des uns obliegenden Beweises, davon das Wesentlichste voraufgehen zu lassen.

Unter Caussae connexae versteht man mehrere Rechtssachen, welche mit einander in solcher Verbindung stehen, daß von der Entschei-

dung der einen, die Entscheidung der anderen abhängt, oder wenigstens dadurch erleichtert wird [48]). Hellfeldt [49]) führt von solchen Caussis Connexis verschiedene Fälle an, mehrere aber findet man bey Carrach in der D. de foro continentiae caussarum ex connexitate ad *L.* 10. *C. de Iudiciis. Hal.* 1751. welcher überhaupt diese Materie sehr ausführlich erläutert hat. Es ist ein allgemeiner Lehrsatz der Juristen, daß wenn unter mehreren Rechtssachen eine Connexität vorhanden ist, oder solche als caussae connexae betrachtet werden können, sie nicht bey mehreren Gerichten anhängig gemacht werden dürfen, sondern bey einem und eben demselben Richter verhandelt werden müssen, woraus denn der Begriff des fori continentiae caussarum ex connexitate sich gebildet hat [50]). Zur Begründung dieses Lehrsatzes führt man außer anderen Gesetzstellen, die aber entweder gar nicht zur Sache gehören, oder doch äußerst dunkel sind [51]), den *L.* 10. *C. de Iudiciis* an, woraus man auch überhaupt die Lehre von der continentia Caussarum vorzüglich ableitet [52]), und wo es heißt: Nulli prorsus audientia praebeatur, qui caussae continentiam dividet, et ex beneficii praerogativa, id quod in uno eodemque Iudicio poterat terminari, apud diversos Iudices voluerit ventilare; poena ex Officio Iudicis imminente ei, qui contra hanc supplicaverit sanctionem, atque alium super possessione, alium super principali quaestione iudicem postulaverit. Der Lex ist aus dem Coder Theodosianus jedoch mit einiger Abänderung [53]) entlehnt, und der Urheber desselben ist, wie die Ueberschrift lehrt, der Kaiser Constantin der Große, welcher diese Verordnung an dem Achilius Severus dem Praefectus urbis erließ [54]). Es wird nöthig seyn im kurzen zu untersuchen, ob jener Lehrsatz von der connexitate caussarum aus diesem Gesetz überhaupt erhellt, zumal da es nicht an angesehenen Rechtslehrern fehlt,

die

die solches gänzlich leugnen, und behaupten, daß sich die Verordnung dieses Gesetzes blos darauf einschränke, daß wenn eine Sache im possessorio bey einem Richter angebracht und entschieden ist, sie nun im petitorio nicht an einem anderen gebracht, und vor demselben entschieden werden dürfe, sondern bey dem Richter, welcher in possessorio gesprochen hat, auch im petitorio verbleiben müsse, weil dieser wegen der, durch die vorige Entscheidung erlangte Kenntniß in der Sache, auch im petitorio am besten und richtigsten zu entscheiden im Stande wäre [ss]). Denn ist dieses nicht der Fall, so fällt das Haupt-Argument von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts in der oft erwähnten Rücksicht schon von selbst dahin, weil es sich auf diesen allgemeinen Lehrsatz von den Cauſſis connexis begründet.

48) *Georg Ludw.* BOEHMER principi. Iur. Canon. §. 737.

49) in Iurisprudent. forenſ. §. 752.

50) Siehe Carrach a. a. O.

51) z. B. *L.* 54. *D. de Iudiciis*, wo es heißt: Per *minorem* cauſſam *maiori* cognitioni praeiudicium fieri non oportet: *maior* enim quaeſtio *minorem* cauſſam ad ſe trahit. Das Gesetz ist einestheils dunkel, indem nicht bestimmt ist, was unter cauſſa maior, und was unter cauſſa minor hier verstanden werde, und läßt es eine Interpretation zu, so würde es doch nur von dem Verhältnisse eines Incident-Puncts, zur Hauptsache zu verstehen seyn, mithin keinesweges darauf der Lehrsatz von dem foro continentiae cauſſarum ex connexitate allgemein begründet werden können.

52) Vergleiche *Achat. Ludw. Carl* SCHMIDT de generibus continentiae cauſſarum genuinis. Ien. 1754. *Io. Auguſt* BACH de Cauſſis coniunctis eorumque foro competente. *Lipſiae* 1744. und in ſeinen Opuſcul. *Nr. VII. Ioach. Chriſt. Eric.* SPRINGER de cauſſae continentia germanica quatenus diſtat a Romana. *Monaſt.* 1770.

53)

53) Diese Abänderung betrifft die den Uebertretern dieses Gesetzes angedrohete Strafe, die im Codex Theodosianus bestimmt, hier aber der Willkühr des Richters überlassen ist. Vergleiche den *L.* 2. *Cod. Theodos. de Iudiciis.*

54) Carrach in der D. de foro continentiae causarum ex identitate ad *L.* 10. *C. de Iudiciis.* Hal. 1750. §. *V.* glaubt, daß dieses Gesetz hauptsächlich zum Endzweck habe, die Gewalt, und das Ansehen des Praefectus urbis zu vermehren, der sonst außerhalb den ihm angewiesenen Grenzen nach dem *L.* 1. §. 3. *in fin. D. de Officio Praefect. urb.* keine Gewalt hatte, zumal da in anderen Gesetzen z. B. *Nov.* 62. §. 2. *L.* 4. *D. de Offic. praef. vigil.* viel von dem Ansehen, und der Würde dieser Präfectur gesprochen werde. Allein, wie ich glaube, so widerspricht schon der Inhalt des Gesetzes dieser Conjectur von selbst zu sehr, als daß sie widerlegt zu werden verdiente.

55) Reichardt in der oben angeführten Dissertation §. IV. BACH *l. c.* §. XIV. Auch in dem Canonischen Recht *C. I. X. de causs. possess. et propriet.* scheint das Gesetz so verstanden zu seyn.

§. 61.

Fortsetzung.

Der Rechtsgelehrte soll bey Erklärung eines Gesetzes immer mit dem Wortverstande desselben den Anfang machen, und hernach erst auf die wahre Absicht, und Willensmeinung des Gesetzgebers Rücksicht nehmen, — ein Satz, den nicht nur die Schule lehrt, sondern der auch mehr denn einmal in den Gesetzen selbst empfohlen wird [56]). Diesem zufolge werden wir uns zuvörderst mit dem Wortverstande jenes merkwürdigen Gesetzes, so wie es vor uns liegt, indem wir keinen Grund zur Emendation des Textes absehen, befassen, und hernach den wahren Sinn desselben auszuforschen uns angelegen seyn lassen.

Das Gesetz verordnet 1) daß Niemanden Gehör gegeben werden soll, welcher Caussae continentiam theilt,

und

und ex beneficii praerogativa dasjenige, was in ein und eben demselben Gerichte füglich abgemacht werden kann, an mehrere Richter bringen will. Diese Verordnung des Gesetzes ist, wenn man sich an dem Wortverstande genau anschließt, generell. Die Worte des Gesetzes ex beneficii praerogativa zeigen an, daß auch unter keinem Vorwande eines Privilegiums [57]), die Theilung einer continentiae cauſſae statt finden solle. Was heißt aber hier cauſae continentia? Sind es mehrere Rechtssachen, die mit einander in solcher Verbindung stehen, daß von der Entscheidung der einen Sache die Entscheidung der anderen abhängt, oder dadurch erleichtert wird? Carrach [58]), und andere Rechtslehrer, welche aus diesem Gesetze den oben angeführten Lehrsatz von der connexitate cauſſarum beweisen wollen, behaupten dies zwar, allein ich muß gestehen, daß mir die Sache im mindesten nicht so vorkommt. Der Gesetzgeber redet hier offenbar nicht von mehreren Rechtssachen, sondern blos von einer einzigen, denn sonst hätte es cauſſarum continentiam, und nicht cauſſae continentiam heißen müssen. Sieht man hiebey auf die Bedeutungen der Wörter continens continentia, welche in anderen Gesetzstellen des römischen Rechtskörpers vorkommen [59]), so klärt sich die Sache noch mehr auf, und leuchtet es aus allen hervor, daß hier mit dem Worte cauſſa nur eine einzige Rechtssache gemeinet ist, die aber mehrere Fragen oder Puncte, die bey der Erörterung derselben entstehen, oder zur Sprache kommen, in sich begreift. Nach dem Wortverstande des Gesetzes also, verordnet dasselbe, daß eine solche Sache, wenn sie einmal vor einem Richter angebracht, und von demselben eine dahin gehörige Frage entschieden ist, nun nicht eine ebenfalls zur Sache gehörige andere Frage, oder ein sonst mit ihr in Verbindung stehender Punct, an einen andern Richter gebracht, und von diesem die Entscheidung begehrt werden soll, weil sich füglich das Ganze bey

einen Richter beendigen lasse. Noch einleuchtender wird diese Erklärung, wenn wir auf die folgenden Worte des Gesetzes Rücksicht nehmen. Es heißt ferner 2) in dem Gesetz: daß derjenige eine Strafe von dem Richter zu befürchten haben soll, der sich gegen diese Verordnung auflegt (oder einkommt) und einen anderen Richter wegen des Besitzes, und einen anderen wegen der Hauptsache fordern würde. Ließt man das Gesetz ohne alle Rücksicht auf die Verbindung der Worte mit einander, so liegt eine offenbare Ungereimtheit darin, indem zuerst generell von der Theilung der Cauſſae continentiae gesprochen, und solche verboten, hernach aber dieses Verbot, auf die Trennung des Possessoriums und der Haupt-Sache oder des Petitoriums eingeschränkt wird. Allein man betrachte nur den ganzen Bau der Rede, so leuchtet es den Augenblick ein, daß von dem Possessorium, und Petitorium hier nur als Beyspiel gesprochen wird, übrigens es aber bey der generellen Anordnung des Gesetzes verbleibt. Und warlich konnte auch kein besseres Beyspiel von dem Kaiser gewählt werden, als dieses, weil es einestheils am häufigsten vorkommt, anderentheils aber die oben vorkommende so generelle Verordnung näher bestimmt, und mit dem bekannt macht, was eigentlich der Kaiser unter Continentia cauſſae verstehen wollen. Denn wirklich unterstellt das Beyspiel, dessen sich der Kaiser hier bedient, ein, und eben dieselbe Rechtssache, die nur mehrere Fragen oder Puncte, die zu entscheiden sind, in sich faßt. Nach dem wahren Wortverstande des Gesetzes also, soll eine Sache, die mehrere Fragen, oder Puncte in sich begreift, in ihrem ganzen Umfange vor ein und eben demselben Richter, bey welchem sie einmal anhängig geworden ist, entschieden, und nicht einzelne zu derselben gehörige Fragen, oder mit derselben verwandte Puncte vor mehrere Richter gezogen werden.

56) Siehe Glück Erläuterung der Pandecten nach Hellfeldt. 1 Th. §. 35.

57) Daß hier unter beneficii praerogativa ein privilegium fori ſpecialis zu verſtehen ſey, ſcheint mir ganz unumſtößlich gewiß zu ſeyn, obgleich Carrach in der D. de foro continentiae cauſſ. ex ident. ad *L.* 10. *C. de Iudic.* p. 15. davon nichts wiſſen will, ſondern darunter ein praecipuum privilegio Caeſaris indultum verſteht, das ich mich aber hier gar nicht zu erklären weiß. — Aller Wahrſcheinlichkeit nach gab ein ſolcher Umſtand zu dieſer Verordnung Veranlaſſung, die gar eigentlich nichts Neues enthält, ſondern nur ältere dunkele Grundſätze näher beſtimmt, oder vielmehr aufklärt.

58) a. a. O. S. 13.

59) *L.* 2. *D. de V. S. L.* 139. *D. eod. L.* 154. *D. eod.* Am meiſten rechtfertigt wol meine Erklärung *L.* 99. *§.* 1. *D. de Verb. Signif.* wo es heißt: *Continentes* provincias accipere debemus *eas, quae Italiae iunctae ſunt:* ut puta Galliam: ſed et provinciam Siciliam magis inter continentes accipere nos oportet, quae modico freto Italia dividitur. Sonſt bemerkt auch ERNESTI in clave Cicer. voce contin. daß bey den Römern *continentia* genannt worden, quorum fines inter ſe confunduntur, ut ubi unum terminetur coeptum ſit alterum.

§. 62.

Fortſetzung.

So weit von dem Wortverſtande des *L.* 10. *C. de Iudiciis*, jetzt zur logiſchen Erklärung deſſelben. Daß die Verordnung dieſes Geſetzes nicht blos auf das Poſſeſſorium und die Hauptſache eingeſchränkt werden kann, ſondern auf alle zu ein, und eben derſelben Rechtsſache gehörige Fragen, und dabey vorkommende Puncte gezogen werden müſſe, leuchtet meines Bedünkens nach aus allen hervor. Der Imperator verbiethet generell cauſſae continentiam zu theilen, und führt nur als Erläuterung ſeiner Verordnung, das Poſſeſſorium, und Petitorium als den gewöhnlichſten Fall, und um ſich mehr zu verdeutlichen, an. Unterſuchen wir, wie es ſich bey

der logischen Erklärung gebührt, die Absicht, und den Beweggrund des Gesetzgebers, so bleibt nicht der mindeste Zweifel übrig, daß dieses der richtige Sinn des Gesetzes sey, welchen auch schon, wie ich im vorigen Paragraphen dargethan habe, der Wortverstand an die Hand giebt. Der Beweggrund des Gesetzgebers bey dieser Verordnung ist kein anderer als dieser, damit durch die Verschleppung solcher, bey einer Rechtssache vorkommenden Fragen, und dabey sich ereignenden streitigen Puncte, vor mehrere Richterstühle, keine ungereimte Entscheidungen entstehen, — ferner die Beendigung der ganzen Streitsache ohne Noth nicht aufgehalten werden möge, und endlich weil der Richter, vor dem einmal die Sache anhängig geworden ist, nun auch über alle dabey vorkommende und mit derselben zusammenhängende Puncte füglicher zu entscheiden im Stande ist, als ein fremder Richter, der ganz mit der lage der Sache unbekannt war [60]).

Ist dies der richtige Sinn des Gesetzes, so frägt es sich denn nun weiter: Ist das Gesetz wol füglich so ausgedehnt zu interpretiren, als es gemeinhin interpretirt wird, und läßt sich daraus wol erweisen, daß alle Rechtssachen, die man nach dem oben angegebenen Begriff zu den cauſſis connexis rechnen kann, vor einem, und eben demselben Richter erörtert, und entschieden werden müssen? Ich zweifele sehr, daß dies der Sinn des Gesetzgebers sey, der wohlbedächtlich seine Verordnung nur auf eine einzige ganze Sache, und die dahin einschlagende Fragen, und Puncte einschränkte, und der sonst mit leichter Mühe solche weit allgemeiner würde haben fassen können. Ich zweifele sehr, daß sich das Princip von dem foro continentiae cauſſarum ex connexitate, aus diesem Gesetz erweisen lasse. Und andere Gesetze, die man zum Beweise anzieht [61]), besagen nichts mehr und nichts weniger als der *L.* 10. *C. de Iudiciis.*

60)

60) Reichardt a. a. O. §. V.

61) *L.* 54. *D. de Iudic.*

§. 63.

Fortsetzung.

Aber laßt uns den Grundsatz von dem foro continentiae cauſſarum ex connexitate als richtig annehmen, laßt uns behaupten, daß cauſſae connexae nach dem oben davon gegebenen Begriff nicht getheilt werden dürfen, sondern vor ein und eben demselben Richter gebracht, und dorten verhandelt werden müssen, so läßt sich doch daraus die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts, in Ansehung der vor anderen Gerichten obschwebenden Processe gegen den Gemeinschuldner, nicht vertheidigen. Ich habe zwar oben behauptet, daß durch den Concurs unter den Anforderungen der Gläubiger an den Gemeinschuldner, eine Connexität hervorgebracht werde, allein ich leugne durchaus, daß diese Connexität 1) unter allen den Gemeinschuldner betreffenden Rechtssachen hervorgebracht werde, sondern blos unter denjenigen, die auf Befriedigung aus seinem Vermögen abzwecken, und dann auch 2) daß die unter den, gegen ihn anhängigen Rechtssachen der letzteren Art, vorhandene Connexität von der Beschaffenheit sey, daß sie vermöge einer ausdehnenden Erklärung des *L.* o. *C. de Iudic.* und anderer Gesetzstellen, die alleinige Competenz des Concurs-Gerichts als eines fori continentiae cauſſarum ex connexitate begründen kann. Denn der oben gegebene Begriff von cauſſis connexis, wodurch nur das forum continentiae cauſſarum begründet werden kann, paßt offenbar nicht auf den vorliegenden Fall. Zwischen den beym Concurs-Gericht anhängigen Rechtssachen gegen den Schuldner, und den bey anderen Gerichten gegen ihn obschwebenden Processen, welche nicht Genugthuung aus seinem Vermögen zum Gegenstande

haben, läßt sich eine solche Connexität gar nicht gedenken [62]), und auch selbst zwischen denjenigen, welche diese Genugthuung betreffen, und den beym Concurs-Gerichte anhängigen, ist keine solche Connexität vorhanden, die das Concurs-Gericht als forum continentiae cauſſarum ex connexitate begründen, und die anziehende Kraft desselben in der mehrgedachten Rücksicht rechtfertigen könnte. Denn der Begriff von cauſſis connexis setzt immer nach der gemeinen Lehre mehrere Rechtssachen voraus, die in einer solchen Verbindung mit einander stehen, daß die eine ohne die andere entweder gar nicht entschieden werden kann, oder doch wenigstens durch die Entscheidung der einen, die Entscheidung der anderen erleichtert wird. Wie trifft aber alles dieses in dem vorliegenden Fall zu? Die Forderung, welche ein Gläubiger an den Schuldner macht, ist von der eines anderen Gläubigers ja meistentheils himmelweit verschieden, und wenn nun auch die Forderungen mehrerer Gläubiger, aus einem und demselben Grunde herrührten, stehen sie denn darum schon mit einander in Verbindung, — in einer solchen Verbindung, die sie zu cauſſas connexas machte? — Und auch durch den Concurs werden sie ja nicht dazu gemacht. Zwar bringt der Concurs unter den Anforderungen der Gläubiger eine Connexität hervor, aber diese Connexität betrifft weiter nichts, als die wirkliche Abhelfung der gläubigerischen Ansprüche an den Schuldner, in so ferne diese die Befriedigung aus seinem Vermögen zum Gegenstande haben. Sie bewirkt blos, daß die Forderung eines Gläubigers nicht eher befriedigt werden kann, als bis der Richter die Ordnung bestimmt hat, worin die Befriedigung aller Gläubiger erfolgen soll. Aber was hat sie, diese, durch den Concurs entstandene, Connexität, für einen Einfluß, auf die Ansprüche der Gläubiger selbst, in so ferne von deren Berichtigung, und Erörterung die Rede ist, zumal da sie nur, eigentlich

schon

schon berichtigte Ansprüche der Gläubiger voraussetzt, auf deren wirkliche Befriedigung es nur jetzt ankommt?

Aber noch mehr! Wollte man auch die Rechtssachen, welche vor anderen Gerichten gegen den Schuldner, zu der Zeit, wo der Concurs ausbricht, anhängig sind, und auf Befriedigung aus dessen Vermögen gehen, mit denjenigen die vor dem Concurs-Gerichte obschweben, als connex ansehen, wie sie doch nicht nach den von mir angegebenen Gründen, angenommen werden können, so würde sich doch daraus nimmerhin die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung ihrer erweisen lassen. Denn alle Gesetze, die man zum Erweise des Princips, von dem foro continentiae cauſſarum ex connexitate aufbringt, setzen, in so ferne sie solches erweisen, immer a) eine bereits irgendwo anhängige Rechtssache, und b) einen dazu gehörigen oder damit in Verbindung stehenden Punct voraus, der nun auch urgirt werden soll, aber noch nicht urgirt, oder bereits anhängig gemacht ist, und eben diesen Grundsatz befolgt auch die Schule der Rechtsgelehrten bey der ausdehnenden Erklärung dieser Gesetze. Wollte man also annehmen, daß alle den Schuldner betreffende Rechtssachen, welche auf Befriedigung aus seinem Vermögen gehen, als mit den, welche beym Concurs-Gericht bereits anhängig sind connex, ebenfalls vor das Concurs-Gericht gehörten, und dorten zur Erörterung und Entscheidung angebracht werden müßten, so würde doch solches nach dem allgemein anerkannten Princip von cauſſis connexis, nur blos, von den, erst nach entstandenem Concurse, gegen den Gemeinschuldner anzubringenden Klagen, zu verstehen seyn, nicht aber auf die bereits schon anhängigen Rechtssachen gezogen werden können, unter welchen, und den vor dem Concurs-Gericht anhängigen, vor ausgebrochenem Concurse, nach diesen unterstellten Grundsätzen, noch keine Connexität vorhanden war, sondern solche erst hernach durch den Ausbruch des Con-

curses hervorgebracht wurde. Auf allen Fall läßt sich also die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts, wenn man von dem principio fori competentiae ex connexitate caussarum beym Concurse Anwendung machen, — wenn man die vor dem Concurs-Gericht gegen den Schuldner anhängigen Rechtssachen, die auf Befriedigung aus dessen Vermögen abzwecken, mit anderen, die ebenfalls solche zum Gegenstande haben, als connex ansehen und sie daher vor das Concurs-Gericht verweisen will, nur in Ansehung der, gegen den Schuldner nach entstandenem Concurse, erst anzubringenden Anstellungen, nicht aber in Ansehung der schon angebrachten, und bey anderen Gerichten bereits obschwebenden Rechtssachen behaupten, obgleich ihr auch hier noch manches entgegengesetzt werden könnte [63]).

Alles was sich aus dem Princip von der Connexität, welche der Concurs unter den Angelegenheiten der Gläubiger hervorbringt, für die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts, in Ansehung der vor anderen Gerichten gegen den Gemeinschuldner anhängigen Rechtssachen sagen, oder vielmehr nach richtigen Grundsätzen ableiten läßt, besteht darin, daß solche, wenn sie zuvörderst in dem Gerichte, wo sie anhängig waren, erörtert und entschieden sind, nunmehr zur Execution der Sentenz an das Concurs-Gericht verwiesen werden mußten, und in dieser Rücksicht von demselben an sich gezogen werden können. Hier aber begründet sich diese anziehende Kraft des Concursgerichts, wenn man es so nennen will, keinesweges auf eine eingebildete unter den Rechtssachen selbst, durch den Concurs entstandene Connexität, sondern blos auf eine unter allen Ansprüchen der Gläubiger vorhandene Connexität, in so ferne von der wirklichen Befriedigung derselben aus dem schuldnerischen Vermögen die Rede ist, die nunmehr nach Beendigung der Streitsache, wegen des eingetretenen Concurses, nicht bey dem Richter, vor welchem

der

der Rechtsstreit ist verführt worden, sondern bey dem Concurs-Richter nachgesucht werden muß, weil dieser das schuldnerische Vermögen in der durch die Gesetze und dem Gerichtsbrauch festgesetzten Ordnung unter die Gläubiger vertheilt.

62) Z. B. wenn der Schuldner in foro contractus wegen der Leistung eines versprochenen Factums belangt wäre.

63) Was man auch diesem entgegen setzen könnte, würde nichts mehr, und auch nichts weniger seyn, als was man allgemein dem von der connexitate causfarum, die hier nicht vorhanden ist, zur Vertheidigung der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts hergenommenen Grunde entgegen setzen kann, und wovon ich selbst Gebrauch gemacht habe. Man könnte einwenden: dies sey offenbar ungereimt, da die Edictal-Citation ja die Gläubiger zwinge, ihre Forderungen gegen den Schuldner beym Concurs-Gerichte anzubringen, wenn sie etwa bey dem Concurs-Wesen auf sich Rücksicht genommen wissen wollen; allein ich glaube doch, daß meine Behauptung nicht so ungereimt ist, als sie es beym ersten Anblick zu seyn scheint. Die Edictal-Citation zwingt blos die Gläubiger ihre Forderungen dem Concurs-Gerichte bekannt zu machen, und deren Richtigkeit darzuthun, nicht aber dazu, ihre Ansprüche mittelst einer Klage dorten anzubringen, und sie dem Concurs-Gerichte zur Entscheidung zu überlassen, da dieses nur dahin zu sehen hat, ob diese Ansprüche gegründet sind, und was die anderen Gläubiger dagegen einzuwenden haben, und dann in welcher Ordnung sie befriedigt werden müssen.

§. 64.

Fortsetzung.

So weit von dem ersten, oder dem Hauptgrund, dessen man sich zur Vertheidigung der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts in der oft erwähnten Rücksicht bedient, und der, wie wir gesehen haben, nichts erweißt. Jetzt zur Prüfung der anderen vorzüglichen Gründe, die man vor dieselbe gemeinhin anzuführen pflegt, und welche ich oben angemerkt habe.

Was den ersten dieser Gründe (S. §. 59. S. 171.) anbetrifft, so unterstellt derselbe die Universal-Succession der Gläubiger beym Concurse, indem er voraussetzt, daß das ganze Vermögen des Schuldners mit Einschluß aller demselben zuständigen Gerechtsame, auf die Gläubiger übergehe. Er beweißt daher im mindesten nichts, indem er auf einen falschen Satz gebauet ist. Ich habe oben ausführlich erwiesen, daß die Universal-Succession der Gläubiger beym Concurse ein Unding ist, und glaube daher nicht nöthig zu haben, die dorten ausgeführten Gründe hier zu wiederholen. Ich will nur solches hier zu meiner Entschuldigung anführen, wenn ich dieses Argument ganz mit Stillschweigen übergehe, und mich auf keine Widerlegung desselben einlasse. Denn wenn der Grund falsch ist, worauf es gebauet ist, so braucht man wol nicht erst zu erweisen, daß es dem Argument selbst an Richtigkeit mangelt.

Wichtiger ist, oder scheint vielmehr zu seyn, das zweyte Argument, welches man für die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts anführt, und dessen Inhalt ich ebenfalls S. 171. genau angegeben habe. Allein auch dieses reicht nicht zu, um selbige zu erweisen. Ich gebe gerne zu, daß der Endzweck und die Absicht beym ganzen Concurs-Wesen dahin geht, daß das schuldnerische Vermögen, nach der durch die Gesetze, und den Gerichtsbrauch bestimmten Ordnung, unter die Gläubiger vertheilet werde. Ich gebe ferner zu, daß dieses nicht füglich anders bewerkstelliget werden könne, als wenn alle Gläubiger vor dem Concurs-Gericht ihre Ansprüche anbringen, und den Vorzug und die Erstigkeit derselben darthun, weil sonst der Concurs-Richter sie unmöglich so classificiren kann, als sie classificirt werden müssen. Ich gebe endlich auch zu, daß wenn ein jeder bey anderen Gerichten gegen den Schuldner obschwebende Proceß — jedoch nur in so ferne als er Genugthuung aus dessen Vermögen zum Gegenstande hat, dor-

ten ganz zu Ende gebracht werden sollte, dadurch sehr leicht eine Kränkung der Rechte der übrigen Gläubiger entstehen könnte, und daher solches nicht geschehen könne. — Aber beweißt alles dies die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung aller vor anderen Gerichten gegen den Gemeinschuldner obschwebenden Processe? Ich glaube es nicht, und will mich bemühen diesen meinen Unglauben, so gut ich kann, durch Gründe zu unterstützen.

Zuvörderst will ich nur in Erinnerung bringen, daß dieses Argument im mindesten nicht, auf die gegen den Schuldner anderwärts anhängigen Rechtssachen paßt, welche nicht Befriedigung aus seinem Vermögen betreffen, mithin nicht als ein allgemeines Argument für die anziehende Kraft des Concurses in der hier unterstellten Rücksicht gebraucht werden kann. Aber auch in Ansehung derjenigen Rechtssachen, welche Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners betreffen, greift es nicht durch, und rechtfertiget nicht die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung derselben. Denn so ist es einmal unrichtig, daß der Concurs-Richter nicht über den Vorzug und die Erstigkeit der gläubigerischen Ansprüche anders entscheiden könne, als wenn alle Rechtssachen, die auf Befriedigung aus dem schuldnerischen Vermögen gehen, vor das Concurs-Gericht gebracht, und dorten erörtert werden. Muß denn sogleich nach ausgebrochenem Concurse das Erkenntniß über die Ordnung worin die Gläubiger zu befriedigen sind, erfolgen, und lehrt nicht vielmehr die Erfahrung das Gegentheil? Es ist auch wegen der Durchkreutzung der mancherley beym Concurse vorkommenden Sachen nicht möglich, und dauert daher sehr häufig ein Concurswesen mehrere Jahre hindurch [64]). Müssen ferner diese Rechtssachen, welche vor anderen Gerichten anhängig sind, wenn sie an das Concurs-Gericht kommen, nicht auch dorten erst erörtert und entschieden werden? Und wer steht

denn

denn davor, daß diese Erörterung und Entscheidung im Concurs-Gerichte, nicht eben so lange dauert, als sie bey den Gerichten gedauert haben würde, wo sie anhängig waren, zumal wenn man erwägt, daß nach den Rechten, der Proceß beym Concurs-Gericht, eben so wie bey dem vorigen Richter fortgesetzt werden muß, weil die Partheien einmal auf diesen Gang desselben, ein Recht erworben haben. — Und gesetzt nun auch das Concurs-Gericht betriebe sie schleuniger, kann dies allein einen hinreichenden Grund abgeben, die einmal vorhandene litispendenz zu turbiren?

Es ist ferner zweytens unrichtig, daß man bey diesem Argument voraussetzt, als wenn die bey anderen Gerichten gegen den Gemeinschuldner anhängigen Rechtssachen, die auf Befriedigung aus seinem Vermögen gehen, dorten ganz zu Ende gebracht werden müßten, das heißt — so daß auch die gesprochene Sentenz exequirt wird. Wäre dies nothwendig, und brächte solches die Rechtshängigkeit dieser Angelegenheiten, als eine absolute Folge mit sich, so würde sich freylich ein triftiges Argument für die Behauptung der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts daraus hernehmen lassen, indem wegen der, unter den Ansprüchen aller Gläubiger, durch den Concurs entstandenen Connexität, kein Gläubiger eher befriedigt werden darf, als bis der Concurs-Richter die Ordnung bestimmt hat, worin die Befriedigung aller Gläubiger erfolgen soll. Nun aber gehört es keinesweges zu den nothwendigen Folgen der litispendenz, daß eine Rechtssache von dem Gericht, wo sie einmal anhängig geworden ist, auch zur Execution gebracht werden muß, sondern nur bis auf die Entscheidung schränkt sich die Wirkung der litispendenz eigentlich ein. Denn so kommen in der Praxis ja häufig Fälle vor, wo der Richter, welcher eine Sentenz gesprochen hat, selbige nicht exequiren kann, weil es innerhalb den Grenzen seiner Jurisdiction

an

an einem Object der Execution fehlt, und daher die Execution einem anderen Richter überlassen werden muß; woraus sich denn ergiebt, daß keinesweges die Execution der Sentenz eine nothwendige Folge der vorhandenen Rechtshängigkeit der Sache ist, worin die Sentenz gesprochen worden. Das Concurs-Verhältniß, worauf sich das Concurs-Gericht bezieht, stört also nicht die litispendenz der Rechtssachen gegen den Schuldner bey anderen Gerichten, sondern hindert blos die Execution der dorten gefällten Sentenzen; welche dem Concurs-Gericht anheim fallen muß, weil dieses nicht nur die Ordnung der Gläubiger bestimmt, sondern auch das schuldnerische Vermögen unter sie vertheilt. Auf allem Fall würde sich also aus diesem Argument, die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung der gegen den Schuldner vor anderen Gerichten obschwebenden Processe, welche auf Befriedigung aus dessen Vermögen gehen, nur in so ferne vertheidigen lassen, als von der Execution der dorten, in diesen Rechtssachen gefällten Sentenzen, nicht aber, in so ferne von der Entscheidung der Rechtssachen selbst, die Rede ist.

64) Die Berichtigung der Concurs-Masse ꝛc. Kurz! die Einrichtung des ganzen Concurs-Wesens nimmt überdies auch eine geraume Zeit hinweg. Und dem sey wie ihm wolle, so müssen die Gläubiger so lange auf ihre Befriedigung warten, bis sie solche nach dem Gang der rechtlichen Geschäfte entgegen nehmen können, und kann man zur bloßen Begünstigung der Gläubiger hier keine Ausnahme von gemeinen Rechtsgrundsätzen machen, und etwas behaupten, was sich nach den Rechten nicht füglich behaupten läßt.

§. 65.

Fortsetzung.

Aus dem bisherigen erhellt nun zur Genüge, daß die Gründe, welche man zur Vertheidigung der anziehenden

den Kraft des Concurs-Gerichts, in Ansehung der bey anderen Gerichten gegen den Gemeinschuldner obschwebenden Rechtssachen gemeinhin anführt, keinesweges zum Erweise derselben hinreichend sind. Aber nächstdem stehen dieser Lehre auch noch mancherley Gründe entgegen, die die Behauptung derselben erschweren. Denn wie soll erstens die Remission der anderswo anhängigen Processe an den Concurs-Richter bewirket werden? Die bloße Edictal-Citation, die Avocation der Sache, ein Requisitions-Schreiben, und d. m., was man gemeiniglich vorschlägt, sind keine hinlänglichen Mittel dazu. Denn wie kann ein Richter die Competenz des anderen durch eine bloße Edictal-Citation turbiren, zumal wenn man bedenkt, daß die Edictal-Citation so wenig ihrem Zwecke nach, überhaupt, als hier insbesondere beym Concurse darauf gerichtet ist, sondern ihr ganzer Zweck sich darauf einschränkt, daß die noch unbekannten Gläubiger mit dem Vermögens-Zustande des Schuldners bekannt werden, und wenn sie an dem Concurse Antheil nehmen wollen, gezwungen werden sollen, ihre Ansprüche an den Schuldner dem Concurs-Gerichte zu notificiren. — Und eben so wenig kann die Inhibition, und Avocation des Concurs-Richters dies bewerkstelligen, indem beyde nur von einem Oberrichter an den Unterrichter, aber im mindesten nicht von einem Richter an seines Gleichen mit Nachdruck erlassen werden können. — Und kann denn selbst ein Oberrichter, nach Gefallen, und ohne rechtlichen Grund, Rechtssachen, die bey dem Unterrichter anhängig sind, avociren, und die litispendenz auf diese Weise turbiren? — Was vollends die Requisitorial-Schreiben betrifft, so mögte ich wissen, wodurch der andere Richter, wenn er nicht gutwillig sich zur Verabfolgung der Rechtssache, welche bey ihm anhängig ist, versteht, verbunden werden sollte, denselben zu pariren, welches man doch behaupten müßte, wenn man

sie

sie als Zwangs-Mittel ansehen wollte. Dann zweytens steht auch dem mehrmals erwähnten Lehrsatz von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, der allgemeine Rechtsgrundsatz entgegen, daß der Rechtsstreit, da wo er einmal angefangen, oder anhängig geworden ist, auch zu Ende gebracht werden muß, den man ja sonst so strenge befolgt, und von welchen hier eine Ausnahme zu machen, es an einer rechtmäßigen Ursache gänzlich fehlte. Man möchte mir entgegensetzen: es könne ja dadurch, daß dem Concurs-Gerichte, alle vor anderen Gerichten, gegen den Gemeinschuldner anhängige Rechtssachen zufielen, dem ganzen Concurs-Wesen weit leichter, und schleuniger abgeholfen werden, und dies allein sey schon rechtmäßige Ursache genug, um von jenen sonst allgemein anerkannten Grundsatz abzugehen, zumal da die so viel als möglich summarische Behandlung des Concurs-Wesens, von den angesehensten Rechtslehrern nicht nur empfohlen werde, sondern auch von dem Gerichtsbrauch anerkannt sey. Allein man prüfe diesen Einwurf nur gehörig, und man wird bald finden, daß er zu den gar nicht hinlänglich überdachten Einwürfen gehört. Denn es ist offenbar, daß die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts, wenn man sie annehmen wollte, nicht nur im mindesten nicht den Betrieb des Concurs-Wesens beschleunigt, sondern vielmehr dasselbe, wenn nicht bey allen, doch bey vielen Concursen aufhält. Man denke sich nur mal einen Concurs, und der Fälle giebt es nicht wenige, wo zur Zeit der Entstehung desselben eine Menge Rechtssachen gegen den Schuldner vor anderen Gerichten anhängig sind, die theils zur Entscheidung reif sind, theils halb verhandelt, theils aber auch erst angefangen sind. Welch, ein Zusammenfluß von Rechtssachen würde da bey dem Concurs-Gerichte entstehen, bey welchem überdies als forum domicilii des Schuldners gemeinhin schon gegen den Schuldner anhängige Processe in Menge vorhanden sind. Wie sehr würde nicht da-

dadurch das, durch die Direction des ganzen Concurs-Wesens, schon so genug beschäftigte Concurs-Gericht überhäuft werden, wenn es sich in allen diesen bisweilen so heterogenen, demselben bis dahin unbekannten Rechtssachen orientiren, und solche entscheiden sollte. Und diese Entscheidung des Concurs-Gerichts würde doch bey alle dem nicht geschwinder bewerkstelliget werden können, als solches bey den Gerichten, wo diese Rechtssachen bereits anhängig waren, geschehen wäre, indem jede an das Concurs-Gericht remittirte Rechtssache in derselbigen Proceßform, worinn sie bey dem anderen Gerichte anhängig geworden ist, fortgesetzt und zu Ende gebracht werden muß, weil die Partheien auf diesen Rechtsgang schon ein wohlerworbenes Recht haben, welches der Concurs nicht zernichten kann. Weit leichter und geschwinder wird daher das Concurs-Wesen seine Endschaft erreichen, wenn die vor anderen Gerichten gegen den Gemeinschuldner anhängigen Processe, dorten geschlichtet, und alsdann, wenn die Sentenz Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners fordert, zum Zweck der Execution an das Concurs-Gericht abgegeben werden. Und wie kann endlich dem Concurs-Gericht ohne allen hinlänglichen Grund eine größere Last aufgebürdet werden, als dasselbe wie Concurs-Gericht zu tragen verbunden ist? Als Concurs-Gericht hat dasselbe nur blos, außer anderen oben erwähnten, und hier nicht in Betrachtung kommenden Geschäften, darauf zu sehen, daß die Gläubiger die Richtigkeit ihrer Ansprüche, die sie an den Schuldner vorbringen, darthun, und wenn solches geschehen ist, sie in der gehörigen Ordnung befriediget werden.

§. 66.

Fortsetzung.

Zu allem diesen kommt noch hinzu, daß 1) bey manchen Concursen es sich gar nicht effectuiren läßt, daß alle

gegen den Gemeinschuldner, zur Zeit des eingebrochenen Concurses, bey anderen Gerichten anhängigen Processe, zur weiteren Fortsetzung an das Concurs-Gericht abgegeben werden, welches doch der Fall seyn müßte, wenn man dem Concurs-Gerichte eine allgemeine anziehende Kraft beylegen wollte. Dies ist alsdann der Fall, wenn solche Processe gegen den Schuldner vor den Gerichten eines anderen Territoriums, als worin das Concurs-Gericht sich befindet, anhängig sind. Nach der Deutschen Staats-Verfassung, darf ein Reichsstand in seinen Jurisdictions-Gerechtsamen, nicht einmal von den höchsten Reichs-Gerichten, am allerwenigsten aber von einem anderen Landesherrn, und dessen Gerichten beeinträchtiget werden [61]). Dies aber würde offenbar geschehen, wenn man dem Concurs-Gerichte vermöge der anziehenden Kraft das Recht zusprechen wollte, die gegen den Schuldner bey den Gerichten eines anderen Territoriums anhängigen Rechtssachen an sich zu reißen, und denselben das weitere Verfahren zu verbiethen. Diese Gerichte haben also selbst vermöge der Reichs-Grund-Gesetze ein erworbenes Recht, die bey ihnen anhängigen Rechtssachen, dem Concurs, welcher unterdeß eingetreten ist, ohnerachtet, fortzusetzen, und zu entscheiden. Man möchte fragen: Also können die Gerichte anderer Territorien, in den bey ihnen rechtshängigen Sachen fortfahren, sie entscheiden und exequiren, wenn ein Object der Execution sich etwa unter ihrer Jurisdiction befinden sollte. Denn so wenig das Concurs-Gericht nach diesen Grundsätzen den Gerichten eines anderen Territoriums, in dem weiteren Verfahren und der Entscheidung der bey ihnen anhängigen Rechtssachen Eintrag zu thun vermöchte, eben so wenig könne ja dasselbe sie behindern, die gefällten Sentenzen zu exequiren? Allein dies folgt noch bey weitem nicht aus meiner Behauptung. Die Gerichte des fremden Territoriums können nur die vor ihnen anhängigen Rechtssachen entschei-

den, aber nicht exequiren, sondern die Urtheile müssen zum Zweck der Execution auch von ihnen an das Concurs-Gericht remittirt werden. Dies ist aber keine Folge der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, sondern des durch den Concurs unter den Forderungen aller Gläubiger hervorgebrachten Verhältnisses, welches sich nicht auf die Grenzen des Territoriums, worin sich das Concurs-Gericht befindet, einschränken läßt. Und auch selbst das Concurs-Gericht hat nicht einmal Kräfte genug diese Remission zu bewirken, wenn die auswärtigen Gerichte die ausgesprochene Sentenz nicht aus freyen Stücken zum Zweck der Execution an das Concurs-Gericht abgeben wollten, sondern vielmehr darauf bestehen sollten, sie selbst zu exequiren; sondern in solchem Fall muß die Remission durch die Intervention der Gläubiger bewirket werden, wozu diese, wie ich oben gezeigt habe, so oft berechtiget sind, als der Richter einem aus ihrem Mittel, ehe noch die Ordnung, worin die Befriedigung aller Gläubiger erfolgen soll, bestimmt ist, begünstigen will.

Ferner 2) steht auch die Natur und Eigenschaft der einzelnen Proceß-Arten entgegen, daß jener Lehrsatz von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, wenn man ihn auch, so wenig er bewiesen werden kann, dennoch gelten lassen wollte, schlechterdings nicht so allgemein angenommen werden kann, als ihn die Rechtslehrer gemeinhin ausdrücken, mithin schon an sich selbst, mannigfaltigen Ausnahmen unterworfen ist. Zu mehrerer Darstellung der Richtigkeit dieser unserer Behauptung, wollen wir den Lehrsatz von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, auf einzelne Proceß-Arten anwenden.

Zuerst trügt dieser Lehrsatz ganz, wenn man ihn auf den activen Proceß anwenden wollte, wobey der Schuldner als Kläger aufgetreten ist, und seine Ansprüche wider einen Dritten gerichtlich angebracht hat, es mag nun

sol-

solches auf eigenen Antrieb, oder auf eine vorhergehende Provocation geschehen seyn. Denn wollte man hier die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts behaupten, so würde man offenbar von dem allgemein anerkannten Grundsatz — actor sequitur forum rei, abweichen müssen, welches sich aber der Beklagte durchaus nicht gefallen zu lassen braucht, weil er aus den Gesetzen ein wohlerworbenes Recht darauf hat, daß der Proceß vor seinen Gerichtsstand gegen ihn verführt werden muß. Eben dies ist zweytens bey der Reconvention der Fall, wenn nemlich der Schuldner jemanden verklagt hat, und nun von diesen vor demselben Gerichte reconveniendo belangt wird. Die Reconvention involvirt nach gemeinen Rechten eine nothwendige prorogationem fori, und zwar dergestalt, daß der Kläger bey der, von dem Beklagten erhobenen Wiederklage, eben den Richter gegen sich gelten lassen muß, welchen er bey seiner Klage für sich erkohren hat, und dagegen sich keiner Einrede des incompetenten Gerichtsstandes bedienen darf. Nulla (sagt der Imperator im *L.* 14. *C. de sentent. et interlocat.*) ei opponenda exceptione quod non competens Iudex agentis esse cognoscatur. Cuius enim in agendo observat arbitrium, eum habere et contra se Iudicem in eodem negotio non dedignetur. Ist dies nun aber der Fall, so hat der Beklagte ein wohlerworbenes Recht darauf, daß der Reconventions-Proceß vor seinem Gerichtsstande, wo er anhängig geworden ist, auch ganz zu Ende gebracht werde, und braucht nicht zuzugeben, daß derselbe an das Concurs-Gericht gelange, zumal wenn man erwägt, daß die prorogatio fori bey der Reconvention hauptsächlich zum Nutzen des Beklagten und Wiederklägers angeordnet ist; man ihm daher sehr zu nahe thun würde, wenn man ihm diese gesetzliche Wohlthat ohne Noth entziehen wollte [66]).

65) Wahl-Kapitulat. K. Leopold II. Art. 1. §. 8. Wir wollen weder den Reichsgerichten noch sonst jeman-

den, wer der auch sey, so in als außer dem Reiche gestatten, daß den Ständen in ihren Territoriis, in ihre Landeshoheits- und Regierungs- besonders in Religions- Policey- Cameral- Militair- Justiz- Lehens- Criminal- und Gnaden-Sachen sub quocunque praetextu, wider die Reichs-Gesetze den Friedensschluß, oder aufgerichtete rechtmäßige, und verbindliche pacta vor, oder eingegriffen werde u. s. f. Vergleiche auch Wahl und Reichardt a. a. O.

66) *Rom.* TELLERI D. de reconventione veteri et hodierna. *Lipsi.* 1759.

§. 67.

Fortsetzung.

Vollends verliehrt drittens der Lehrsatz von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts seine Wirkung, wenn man ihn auf den gegen den Schuldner zu der Zeit, wo der Concurs ausbricht, in einer zweyten Instanz obschwebenden Proceß anwendet, das ist, wenn gegen eine gefällte Sentenz, Suspensiv-, oder Devolutiv-Mittel sind eingewendet worden, wodurch diese von der Rechts-Kraft abgehalten werden soll. Bleibt gleich im ersteren Fall die Sache bey demselben Richter, so hat doch die streitende Parthey, welche das Suspensiv-Mittel eingewandt hat, vermöge des ordentlichen Gangs des Processes ein Recht darauf, daß die Sache hier von neuen vorgenommen, und entschieden werde, so wie sie im zweyten Fall das Recht erhält, wenn sonst hinlängliche Ursachen zur Appellation vorhanden sind, darauf zu dringen, daß die Sache an ein Ober-Gericht zur neuen Untersuchung, und Entscheidung gelange. Diese wohlerworbenen Rechte würden aber offenbar eine Kränkung erleiden, wenn der Proceß dem Concurs-Gerichte zur Erörterung zufallen sollte, und doch verordnen die Gesetze, daß Niemand in dem Gebrauch der ihm in den Gesetzen erlaubten Rechtsmittel gestöhrt werden soll. Ja! wegen der Appellation fehlt es nicht an Gesetzen, die

aus-

ausdrücklich verordnen, daß so lange in der Appellations-Instanz noch nicht gesprochen worden, durchaus nicht in der Sache weiter verfahren werden soll. Appellatione (lehrt Ulpian im *L.* 1. *D. Nihil innovari appellat. interposita*) interposita, sive ea recepta sit, sive non, medio tempore nihil novari oportet: siquidem fuerit recepta appellatio, quia recepta est: si vero non est recepta, ne praeiudicium fiat, quoad deliberetur, utrum recipienda sit appellatio, aut non sit, §. 1. Recepta autem appellatione nihil erit innovandum, quam diu de appellatione fuerit pronuntiatum. Würde aber nicht offenbar das Gegentheil geschehen, wenn die in der Appellations-Instanz obschwebende Rechtssache an das Concurs-Gericht remittirt werden sollte?

Endlich viertens verliehrt auch der mehrmals erwähnte Lehrsatz von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, bey solchen gegen den Gemeinschuldner vor anderen Gerichten, als dem Concurs-Gericht, anhängigen Processen schlechthin alle Anwendbarkeit, die entweder nach gemeinen Rechten, oder besonderen Proceß-Ordnungen, vor ein gewisses Forum ausdrücklich verwiesen sind, oder vermöge eines besonderen Privilegiums in denjenigen Gerichten, vor welchen sie zu der Zeit, wie der Concurs ausbrach, anhängig waren, verhandelt werden müssen. Denn im ersteren Fall steht der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, die Natur und Eigenschaft des Processes selbst entgegen, daß sie nicht zur Wirksamkeit gedeihen kann, in dem letzteren Fall aber das vorhandene Privilegium, ohne Unterschied, solches möge der Sache selbst, oder der Person ertheilt seyn, welche diese Rechts-Angelegenheit concernirt [67]).

Für die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts würden diesemnach, (wenn man sie annehmen wollte), nur blos die bey anderen Gerichten, und zwar in erster Instanz gegen den Gemeinschuldner obschwebenden Passiv-Processe, welche sich nicht auf eine Reconvention be-

gründen, auch nicht nothwendig vor ein gewisses Forum gehören, übrig bleiben, in Ansehung welcher derselben nicht solche Hinderniſſe, wie bey anderen Proceß-Arten, entgegen stehen. Allein auch hier sind ihr einmal die oben ausgeführten allgemeinen Gründe gegen die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts nachtheilig, und dann zweytens finden sich noch manche andere Bedenklichkeiten, um solche, wenigstens nicht uneingeschränkt, anzunehmen. Denn was 1) diejenigen Passiv-Processe anbetrifft, bey welchen eine Real-Klage zum Grunde liegt, so gehen diese größtentheils dem Concurs-Wesen gar nichts an, z. B. wenn gegen dem Schuldner mit der Reivindication oder Erbschafts-Klage geklagt wird. Ein gleiches hat 2) bey den persönlichen Klagen zum Theil statt, die gegen den Schuldner zu der Zeit, wo der Concurs ausbricht, bey einem anderen Gericht, als dem Concurs-Gericht z. B. in foro contractus anhängig sind, obgleich die Vertheidiger des Lehrsatzes von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, in der oft erwähnten Rücksicht, hierauf vorzüglich ihr Augenmerk gerichtet haben. Hieher gehört der Fall, wenn mittelst einer persönlichen Klage von dem Schuldner die Leistung eines versprochenen Factums gefordert wird, welche Angelegenheit gar nicht mit dem Concurs-Wesen in Verbindung steht, es wäre denn, daß zugleich auf das Interesse geklagt würde.

67) Siehe Wiese a. a. O. §. 19.

§. 68.

Resultat.

Aus den vorgetragenen Grundsätzen erhellt nun offenbar, daß der gemeine Lehrsatz von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, in Ansehung der gegen den Gemeinschuldner bey anderen Gerichten, zu der Zeit,

wo der Concurs ausbricht, anhängigen Processe sich 1) weder aus den Gesetzen, noch aus dem, durch den Concurs hervorgebrachten Verhältniß, erweisen läßt; ferner 2) dem ganzen Concurs-Wesen keinen Nutzen gewährt, sondern vielmehr nur Verwirrung anrichtet. 3) In Ansehung derjenigen Processe, welche vor den Gerichten eines anderen Territoriums obschweben, durchaus nicht realisirt werden kann. 4) Bey einigen Proceß-Arten schlechthin keine Anwendung leidet, und endlich 5) demselben der allgemeine Rechtsgrundsatz: daß jeder Rechtsstreit da, wo er einmal seinen Anfang genommen hat, auch zu Ende gebracht werden müsse, entgegen steht. Was ist also die Folge? — Keine andere als diese: daß er wie ein irriger Lehrsatz verworfen werden muß, — daß die vor anderen Gerichten anhängigen Processe dorten gelassen, und zu Ende gebracht werden müssen, und nur alsdann, wenn die Sentenz Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners fordert, solche zum Zweck der Execution an das Concurs-Gericht abgegeben werden müsse, weil das Concurs-Verhältniß die besondere Befriedigung eines Gläubigers nicht mehr zuläßt. In so ferne also äußert sich blos die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts, daß kein Richter, er sey ein Ober- oder ebenfalls ein Unterrichter, ein Richter desselben, oder eines anderen Territoriums, die von ihm gefällte Sentenz exequiren darf, sondern solche zum Zweck der Execution an das Concurs-Gericht remittiren muß, sobald als sie Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners fordert. Denn die Macht eines Oberrichters, wenn gleich das Concurs-Gericht ein Untergericht ist, wird durch das Concurs-Wesen eingeschränkt, und weil dieses eine particulaire Befriedigung eines Gläubigers nicht zuläßt, so müssen seine Jurisdictions-Gerechtsame nur blos auf die Untersuchung und Entscheidung der Sache eingeschränkt werden [68]). Und ein gleiches findet auch in Ansehung des Richters eines fremden Ter-

ritoriums statt, dem man ebenfalls nichts einräumen kann, was den Rechten der übrigen Gläubiger nachtheilig wäre. Seine Gerechtsame werden also hier nicht durch das Concurs-Gericht, sondern durch das Concurs-Verhältniß eingeschränkt.

68) Diesen Lehrsatz schließt auch STRYCK in D. de debitis ad concursum non pertinentibus. in Disputat. Halens. *Vol. II. p.* 762. nicht aus, welcher sonst die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung der, vor anderen Gerichten in der Appellations-Instanz gegen den Gemeinschuldner anhängigen Processe leugnet.

§. 69.

Noch einige hieher gehörige Bemerkungen.

Die Verwerfung des Lehrsatzes von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung der gegen den Gemeinschuldner zu der Zeit, wo der Concurs ausbricht, vor anderen Gerichten anhängigen Rechtssachen, giebt dem Concurs-Wesen an sich betrachtet, keine neue Gestalt und Eigenschaft, sondern es behält solches eben diejenige, welche es haben würde, wenn man die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts vertheidigen wollte. Denn so werden 1) nach den von uns behaupteten Grundsätzen die gegen den Gemeinschuldner bey anderen Gerichten anhängigen Processe dorten weiter fortgesetzt, und entschieden, und eben dies würde auch bey dem Concurs-Gerichte in Ansehung eines jeden Processes insbesondere geschehen müssen, wenn man annehmen wollte, daß sie demselben vermöge der anziehenden Kraft anheim fallen sollten. Denn die Sprache der Rechtslehrer, welche die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts vertheidigen, daß die vorher anderwärts rechtshängigen, und nunmehro dem Concurs-Gerichte anheim gefallene Processe mit dem Concurse zugleich verhandelt

delt würden, hat nach reiflicher Ueberlegung der Sache gar keinen Sinn, sondern ist ein bloßes Wortspiel. Immer bleibt beym Concurse ein großer Unterschied, zwischen den Processen einzelner Gläubiger gegen den Schuldner, und dem eigentlichen Concurs-Proceß, und die Verwechselung dieser so heterogenen Dinge, welche doch hier offenbar geschieht, kann nicht anders als nachtheilig seyn. Und will man damit so viel sagen, daß diese Processe nebenher bey den Concurs-Angelegenheiten berichtiget werden müssen, so sieht jeder sogleich ein, daß es dasselbe ist, was ich behauptet habe, und nur die Ausdrücke verschieden sind. So ferner 2) geht es bey diesen Lehrsätzen mit der Anzeige, und Liquidation der Forderungen, wozu die Gläubiger durch die Edictal-Citation aufgefordert und verbunden werden, ebenfalls nicht anders zu, als wenn vermöge der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts die gegen den Gemeinschuldner vor anderen Gerichten anhängigen Processe dem Concurs-Gerichte anheimfallen würden. Jeder Gläubiger, welcher bey einem entstandenen Concurse über seines Schuldners Vermögen etwas erwarten will, ist schuldig dem Concurs-Richter seine Forderung anzuzeigen, und solche liquid zu machen. Beydes soll eigentlich mit einander verbunden seyn, indes wenn der Gläubiger abgehalten wird seine Forderung zugleich umständlich zu liquidiren, oder solche wegen eintretender Umstände gar noch nicht liquidiren kann, so ist es ihm auch erlaubt, solche blos dem Concurs-Richter um der Präclusion zu entgehen, eventualiter anzuzeigen, und sich die Wahrmachung derselben vorzubehalten. Ist also ein Gläubiger zu der Zeit, wo der Concurs ausbricht, mit dem Schuldner wegen einer Forderung vor einem anderen Gerichte, als dem Concurs-Gericht im Rechtsstreit befangen, so muß er zwar dem Concurs-Gericht, um nicht von dem Concurse ausgeschlossen zu werden, seine Forderung eventualiter anzeigen, allein die Wahrma-

chung derselben muß natürlich so lange unterbleiben, bis die Sache vor dem Gericht, wo sie anhängig war, entschieden ist, wo er sie alsdann durch die daselbst gesprochene Sentenz, wenn diese vor ihm ausfällt, verificirt. Nicht mehr, und auch nicht weniger würde geschehen können, wenn das Concurs-Gericht diese Rechtssache an sich zöge, sondern auch hier würde nur eine vorläufige Anzeige geschehen können, und die Wahrmachung der Forderung bis auf die Entscheidung des Processes ausgesetzt werden müssen, weil die Sache vor dem Concurs-Gericht in eben der Maaße, als bey dem Gerichte, wo sie anhängig war, wie oben ausführlich gezeigt worden, entschieden werden muß. Es kann auch der Concurs-Richter einen solchen Gläubiger nicht bey Strafe der Präclusion zum Liquidiren binnen einer gewissen Frist auffordern, indem hier ein unvermeidliches Hinderniß eintritt, welches die Liquidation aufhält [69]). Endlich 3) wird auch bey den von uns behaupteten Grundsätzen, die Bestimmung der Ordnung, in welcher die Gläubiger ihre Befriedigung erhalten sollen, nicht länger aufgehalten, als wenn man jenen Lehrsatz von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts annehmen wollte. Denn allemal bleibt der Satz unumstöslich gewiß: daß so lange noch nicht die Ansprüche derjenigen Gläubiger, welche sich beym Concurse gemeldet haben, in Richtigkeit gesetzt sind, die Ordnung, in welcher sie befriedigt werden sollen, so wenig bestimmt, als das schuldnerische Vermögen unter sie vertheilet werden kann. Es bleibt also immer einerley, ob über die Richtigkeit dieser gläubigerischen Ansprüche in einem anderen Gerichte, wo sie einmal anhängig gemacht sind, oder in dem Concurs-Gerichte entschieden wird, zumal, wie ich oben bemerkt habe, der Gang des Processes, wegen des wohlerworbenen Rechts der Partheyen immer derselbe bleibt, und es allemal noch eine große Frage ist, ob in dem so sehr überhäuften Concurs-Gerichte, oder vor einem anderen,

weniger beschäftigten Gerichte die Sache am geschwindesten zu Ende gebracht wird.

69) Clapproth vom Concurs-Proceß. S. 124.

§. 70.

b) In Ansehung derjenigen Güter, und Vermögensstücke des Schuldners, welche unter einer anderen Gerichtsbarkeit belegen sind.

Wir kommen nunmehr b) zu einer zweyten Gattung der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, nemlich zu derjenigen, welche demselben in Hinsicht auf diejenigen Güter, und Vermögensstücke des Schuldners, welche unter einer anderen Gerichtsbarkeit belegen sind, beygelegt wird, und welche nach der gemeinen Doctrin darin bestehen soll, daß diese von dem Concurs-Richter zur Concurs-Masse gezogen, und der Disposition des Concurs-Gerichts unterwürfig gemacht werden können [70]). Zur Vertheidigung dieser Gattung der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, bedient man sich folgender Gründe: Der Endzweck des ganzen Concurs-Wesens gehe dahin, daß das gesammte schuldnerische Vermögen von dem Concurs-Richter in der durch Gesetze, und dem Gerichtsbrauch festgesetzten Ordnung unter die Gläubiger vertheilet werde. Dieses könne aber von dem Concurs-Gericht, welchem dieses Geschäft obliege, nicht füglich anders bewerkstelliget werden, als wenn das gesammte schuldnerische Vermögen der Disposition des Concurs-Gerichts unterworfen, und von demselben an sich gezogen würde, wenn auch gleich ein Theil desselben unter der Jurisdiction eines anderen Richters belegen wäre. Ich muß gestehen, daß mir diese Gründe vor die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts in Ansehung der unter einer anderen Gerichtsbarkeit belegenen schuldnerischen Güter, völlige Befriedigung gewähren, und ich solche für stark genug halte, um die-

dieselbe zu vertheidigen. Zwar läßt sich zur Unterstützung der Richtigkeit der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts kein Gesetz anführen, sondern es würde vielmehr, wenn man sich an römischen [71]) auf unser heutiges Concurs-Wesen größtentheils, besonders hier, nicht mehr passenden Grundsätzen halten wollte, analogisch das Gegentheil folgen; — allein da es überhaupt in der Lehre vom Concurse der Gläubiger, so sehr an etwas Positiven mangelt, so bleibt nichts übrig, als sich an dem zu halten, was aus richtigen natürlichen Principien folgt. Dies vorausgesetzt, nun sind die Gründe, welche die Rechtslehrer für die Gattung der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, wovon hier die Rede ist, anführen, ganz richtig. Noch einleuchtender wird die Richtigkeit dieser Behauptung, wenn man auf die oben von uns vorgetragenen Lehrsätze vom Concurse sowol überhaupt, als insbesondere von den Wirkungen, die der Concurs hervorbringt, Rücksicht nimmt. Der Concurs setzt nach dem von uns gelehrten Begriff einen Zustand des gesammten schuldnerischen Vermögens voraus, aus welchem die ihre Befriedigung fordernde Gläubiger nicht bezahlt werden können, und daher nunmehr das Recht erhalten, sich des schuldnerischen Vermögens, so viel desselben noch vorhanden ist, anzumaßen, und darüber zu ihrer Befriedigung zu disponiren. Diese ihre Disposition ist aber durchgängig an der Concurrenz des Richters gebunden, welcher davor sorgen muß, daß solche nicht nach völligem Belieben der Gläubiger, und etwa zum Nachtheil des Schuldners, der noch immer Eigenthümer seines Vermögens bleibt, geschehen möge, auch die Ordnung bestimmt, worin die Gläubiger befriediget werden sollen, und endlich das Vermögen des Schuldners selbst unter ihnen vertheilt. Zu allem diesen kann aber der Concurs-Richter unmöglich gelangen, wenn sich sein Wirkungs-Kreis nicht über das gesammte Vermögen des Schuldners erstrecken, sondern sich blos auf diejenigen

Ver-

Vermögensstücke desselben einschränken soll, welche unter seiner Jurisdiction belegen sind, zumal wenn man erwägt, daß sehr häufig unter dem foro domicilii des Schuldners, welches wir als Concurs-Gericht angenommen haben, nur sehr wenige Güter desselben belegen sind. Wollte man bey so gestalten Sachen die anziehende Kraft des Concurs-Gerichts leugnen, so würde man nothwendig behaupten müssen, daß jeder Richter, unter dessen Gerichtsbarkeit einzelne Vermögensstücke des Schuldners belegen sind, die Oberaufsicht über die Disposition der Gläubiger in Ansehung dieser Vermögensstücke besonders habe, und ihm die Vertheilung derselben, nach der von dem Concurs-Richter gesprochenen Sentenz unter die Gläubiger obliege, welches alles der vielen Inconvenienzen, die solches haben würde, ohnerachtet, nicht allein die Beendigung des Concurs-Wesens aufhielte, sondern auch dem Schuldner nachtheilig seyn könnte.

Aber wie wird denn nun die Remission des schuldnerischen Vermögens, welches unter einer anderen Gerichtsbarkeit belegen ist, an das Concurs-Gericht beschaffet. Die Rechtslehrer geben dazu folgende Mittel an. 1) Wenn das Concurs-Gericht ein Obergericht ist, so müsse diese Remission durch Befehle an die Niedergerichte bewirket werden, dahingegen 2) wenn dies nicht der Fall wäre, so müßten durch Requisitions-Schreiben die anderen Gerichte ersucht werden, die schuldnerischen Vermögensstücke, welche unter ihrer Gerichtsbarkeit belegen sind, zu remittiren, das heißt, solche nach dem Ersuchen des Concurs-Gerichts öffentlich zu verkaufen, und das aus dem Verkauf gelößte Geld an dasselbe einzusenden, um solches der dorten vorhandenen Güter-Masse des Schuldners beylegen zu können, damit bey der dereinstigen Vertheilung das ganze schuldnerische Vermögen bey dem Concurs-Gerichte complet vorhanden seyn möge.

Auf gleiche Art müssen auch nach dieser Lehre andere Verfügungen des Concurs-Gerichts, welche die unter einer anderen Gerichtsbarkeit belegenen Güter des Schuldners betreffen, und nicht in der Remission derselben bestehen, wirksam gemacht werden, z. B. wenn selbige auf Andringen der Gläubiger verpachtet, oder eine sonst gedenkbare Verfügung zum Vortheil der Gläubiger damit vorgenommen werden soll.

70) SALGADO DE SAMOZA in labyrintho Creditorum concurrent. *P.* I. *C. II. nr.* I. BERGER in electis disceptat. forens. Supplem. *P.* I. *ad Tit.* 51. *Supplem.* 7. LEYSER Meditat. ad Pandect. *Spec.* 478. *Medit.* 8. WERNHER Observat. forens. *T. II. P.* X. *Obs.* 297. MEVIUS in decisionib. *P. V. Dec.* 124.

71) z. B. *L.* 2. *D. de Curator. bonis dand.*

§. 71.

Fortsetzung.

So allgemein auch die im vorigen Paragraphen vorgetragenen Grundsätze, von der anziehenden Kraft des Concurs-Gerichts, in Ansehung der unter einer anderen Gerichtsbarkeit, als der des Concurs-Gerichts belegenen Güter, und Vermögensstücke des Schuldners von den Rechtslehrern anerkannt werden, so wollen doch einige [72]) davon in dem Fall eine Ausnahme gemacht wissen, wenn diese Vermögensstücke des Schuldners ausserhalb landes, oder unter der Gerichtsbarkeit eines anderen Territoriums, als worin sich das Concurs-Gericht befindet, belegen sind, und behaupten, daß diese anziehende Kraft des Concurs-Gerichts blos auf die unter einerley landes-Hoheit belegene Güter des Schuldners eingeschränkt werden müsse. In Ansehung der ausserhalb landes belegenen schuldnerischen Güter schließen sie

1) nicht allein alle Disposition und Concurrenz des Concurs-Gerichts aus, sondern lehren auch:

2)

2) daß
a) diejenigen Gläubiger, welche bey dem Gerichte des fremden Territoriums, unter dessen Jurisdiction diese schuldnerische Vermögensstücke belegen wären, gegen den Gemeinschuldner Klage erhoben hätten, ohne sich an den Concurs zu kehren, auch aus diesen Gütern ihre Befriedigung verlangen könnten [73]), und wären deren so viel vorhanden, daß dies schuldnerische Vermögen nicht zu ihrer Befriedigung hinreichte, so könnte alsdann der Richter, daß ich mich ihrer Redensart selbst bediene, einen besonderen Concurs darüber formiren [74]), sie durch eine besondere Locations-Sentenz classificiren, und das schuldnerische Vermögen unter sie vertheilen. Ferner daß auch
b) nach ausgebrochenem Concurse, Gläubiger, mit Vernachläßigung der von Seiten des Concurs-Gerichts ergangenen allgemeinen Aufforderung, sich an die außerhalb landes belegene Güter des Schuldners halten, und ihre auf Befriedigung abzweckende Ansprüche, vor dem Gerichte, unter welchem diese Güter belegen wären, anbringen könnten, welches besonders den Unterthanen des landes, wenn diese von dem Schuldner etwas zu fordern hätten, nicht nur heilsam sey, sondern auch ihnen durchaus nicht entzogen werden könnte.

Vermöge des ersteren Satzes zieht auch selbst alsdann nicht einmal, wenn sich gleich alle Gläubiger des Schuldners beym Concurs-Gerichte gemeldet haben, und bey den auswärtigen Gerichten, unter deren Gerichtsbarkeit ein Theil oder gewisse Stücke des schuldnerischen Vermögens belegen ist, kein Rechtsstreit gegen den Gemeinschuldner anhängig ist, das Concurs-Gericht, die in einem anderen Territorium belegene Güter des Schuldners an sich, sondern diejenigen Gläubiger, welche von dem beym Concurs-Gerichte vorhandenen Vermögen

des

des Schuldners nicht haben befriediget werden können, müssen an die auswärtigen Gerichte, unter deren Gerichtsbarkeit noch schuldnerische Effecten vorhanden sind, verwiesen werden, um dorten ihre Befriedigung zu erlangen.

72) Struben in den rechtlichen Bedenken 1. B. 118. Bedenk. 5. B. 27. Bedenk. VOET in Comment. ad Digest. *L.* 20. *T.* 4. *§.* 12. *Io. Philipp* CARRACH D. de foro continentiae cauſſarum ex connexitate ad *L.* 10. *C. de Iudiciis* §. 19. WAHL de Iudice in concurſu creditorum competente §. 30. *Io. Auguſt* REICHARDT D. de effectu fori concurſus creditorum univerſalis ratione bonorum territorii alieni. *Ien.* 1775.

73) Engelbrecht ſchränkt in ſeinen Obſervat. ſelect. forenſib. *Obſ.* 35. dieſen Lehrſatz auf dem Fall ein, wo der Gläubiger mehr der Sache des Schuldners, welche in dem fremden Lande belegen iſt, als deſſen Perſon creditirt hat, wohin er vorzüglich rechnet, wenn der Gläubiger ſich an einem außerhalb Landes belegenen Grundſtück des Schuldners, eine beſondere Hypothek hat beſtellen laſſen, weil es alsdann unbillig ſeyn würde, den Gläubiger an das Concurs-Gericht verweiſen zu wollen. Allein ich muß aufrichtig geſtehen, daß ich den Grund von dieſer Diſtinction nicht einſehen kann. Und wollte man dieſen Lehrſatz annehmen, warum ſollte man nicht eben ſo gut jedem andern mit einer Special-Hypothek verſehenen Gläubiger beym Concurſe ſolche Prärogativen einräumen? welches doch nicht geſchieht. Eben ſo wenig ſcheint mir die Diſtinction anderer Rechtslehrer auf einem richtigen Grunde zu beruhen, welche dieſen Lehrſatz auf dem Fall einſchränken, wenn in foro rei ſitae extra territorium ein anderes Recht als im Concurs Gerichte gilt. Vergleiche PUFFENDORFF in Obſervat. Iur. Univerſ. *T.* 1. *Obſ.* 217. CANNGIESSER in collect. dec. not. ſupr. appell. tribun. Haſſ. Caſſ. *T.* 2. *Dec.* 244. Will man den im Paragraphen angeführten Lehrſatz annehmen, ſo muß man ihn in ſeinem ganzen Umfange annehmen, oder widrigenfalls ganz verwerfen. Eine Diſtinction hat hier gar keinen Grund.

74)

74) Dies ist denn eine Gattung des sogenannten Concursus particularis, dessen ich oben §. 12. not. 42. gedacht habe.

§. 72.

Fortsetzung.

Zur Vertheidigung dieser Lehrsätze bedient man sich mancherley Gründe, mit welchen wir uns um so eher ausführlich bekannt machen müssen, als solche Bekanntschaft uns nur zu einer genauen Prüfung derselben, wozu wir hernach schreiten wollen, in den Stand setzen kann. Was den ersteren Lehrsatz anbetrifft, so wird dieser von den Rechtslehrern folgendergestalt vertheidiget: Es sey (sagen sie) auf keine Art und Weise zu bewirken, daß die Gerichte eines anderen Territoriums, die unter ihrer Jurisdiction belegenen schuldnerischen Güter an das Concurs-Gericht remittirten, oder demselben darüber eine sonstige Disposition gestatteten, wenn nicht zwischen den Concurs-Richter und den Richter eines auswärtigen Territoriums wechselseitige Verträge dieserhalb vorhanden wären. Die Requisitorial-Schreiben genügten nicht dazu, weil sie die Richter des anderen Territoriums nicht verbinden könnten, und andere Mittel gebe es doch nicht. Denn so wenig das Concurs-Gericht könne den fremden Richter zwingen, die schuldnerischen Güter herauszugeben, als sich durch eine Imploration der höchsten Reichs-Gerichte solches bewirken lasse, weil hier die in den Reichsgesetzen zugesicherten Rechte der Landeshoheit entgegen stünden, in welche auch die Reichs-Gerichte nicht eingreifen dürften. Der Landesherr aber könne aus dem Grunde nicht gezwungen werden, die in seinem Lande belegenen schuldnerischen Vermögensstücke an das Concurs-Gericht verabfolgen zu lassen, weil in demselben Augenblick, wo es zuverlässig werde, daß das schuldnerische Vermögen nicht mehr zur Befriedigung seiner Gläubiger hinlänglich sey, solches gleichsam wie Adespota, dem Landesherrn desjenigen Territoriums, worin es bele-

gen, zur Obsorge und Administration so lange anheim falle, bis ausgemacht worden, wer der neue Herr desselben seyn solle [75]). Zur mehreren Unterstützung, führt man eine Menge von Beyspielen an, wo das Concurs-Gericht zwar die Remission der außerhalb Landes belegenen schuldnerischen Vermögensstücke verlangt habe, allein solche demselben beständig verweigert worden sey, besonders finden sich dergleichen in Menge in der angeführten Reichardtschen Dissertation aufgeführt [76]).

Anlangend den zweyten Lehrsatz des vorigen Paragraphen, so sucht man diesen folgendergestalt zu rechtfertigen: 1) Da nach ausgebrochenem Concurse der Schuldner nichts Eigenes mehr habe, so könnten sich eigentlich die Gläubiger an jeden Richter wenden, unter dessen Jurisdiction die Güter des Schuldners belegen wären, und daselbst auf ihre Befriedigung antragen [77]). 2) Stünden die Angelegenheiten der Gläubiger gegen den Gemeinschuldner vor den Gerichten eines fremden Territoriums, mit den, welche vor dem Concurs-Gericht oder in dem Lande, wo das Concurs-Gericht sich befände, anhängig wären, in nicht der geringsten Verbindung mit einander, indem der Gegenstand, woraus die Gläubiger ihre Befriedigung nachsuchten, Güter wären, die in verschiedenen Territorien sich befänden, es sey also kein Grund abzusehen, warum die Gläubiger, welche dorten geklagt hätten, erst an das Concurs-Gericht zum Zweck ihrer Befriedigung verwiesen werden sollten [78]). 3) Der besondere Concurs in dem fremden Territorium, wenn der Gläubiger so viel vorhanden wären, daß das dort belegene schuldnerische Vermögen nicht zu ihrer Befriedigung hinreichte, sey fürs Ganze weit vortheilhafter, indem alles weit leichter beendiget werden könnte, als wenn man alles für das eigentliche Concurs-Gericht verweisen wollte, wo es nicht allein viele Schwierigkeiten wegen der Beendigung des Concurs-Wesens, sondern auch wegen der Remission der vor den fremden Gerich-

ten

ten anhängigen Rechtssachen setzen würde. 4) Stehe auch überhaupt der Remission der Gläubiger an das Concurs-Gericht, das den Reichsständen zugesicherte Ius de non evocando in Deutschland entgegen, vermöge welchem sie nicht zuzugeben nöthig hätten, daß diejenigen Gläubiger, welche sich einmal bey ihren Landes-Gerichten gemeldet, an auswärtige Gerichte, und mithin folglich auch hier nicht an das Concurs-Gericht verwiesen würden, am allerwenigsten aber, daß ihre Unterthanen, wenn diese Gläubiger des Schuldners, welcher Concurs gemacht habe, wären, vor auswärtige Gerichte gezogen würden, die sie nicht nur gleichsam stiefmütterlich behandelten, sondern auch nach dorten geltenden Rechten richteten, zumal da sie ihnen in ihren eigenen Landen zu ihren Ansprüchen verhelfen könnten. Endlich 5) so werde auch durch die Remission des schuldnerischen, außerhalb Landes belegenen Vermögens an das Concurs-Gericht, das dortige Landes-Gericht, unter dessen Gerichtsbarkeit sich solches befände, an den Früchten seiner Jurisdiction beeinträchtiget, welches unerlaubt sey, indem ein jeder Richter auf die Früchte seiner Jurisdiction ein wohlerworbenes Recht habe [79]).

Zur mehreren Anpreisung dieser letzteren Doctrin führt man nächst anderen nichtsbedeutenden Dingen [80]), noch vorzüglich dieses an: die specielle, und von dem eigentlichen Concurse abgesonderte Befriedigung derjenigen Gläubiger, welche sich bey dem Landes-Gerichte des fremden Territoriums gemeldet hätten, aus den daselbst belegenen Gütern des Schuldners, imgleichen die Anordnung eines besonderen Concurses, diene dazu, Ungereimtheiten vorzubeugen, die sonst bey der Classification der Gläubiger sich leicht einschleichen könnten, wenn die bey auswärtigen Landes-Gerichten angebrachte Ansprüche an den Schuldner, nebst dessen daselbst befindlichen Vermögen, an das Concurs-Gericht remittirt werden sollten; indem die Vorzüge der Gläubiger beym

Concurse fast in einem jeden Reichslande durch besondere Landes-Gesetze verschieden bestimmt wären, und es sich häufig träfe, daß ein Gläubiger in einem Lande in den ersteren Classen befriediget werden müßte, dem in einem benachbarten Lande, ein Platz in einer der letzteren angewiesen worden. Das Beste der Gläubiger selbst, die ihre Ansprüche bey dem auswärtigen Gerichte angebracht hätten, erfordere also eine solche Trennung des Concurs-Wesens, weil sonst mancher, der nach den dorten geltenden Gesetzen gewiß seine Befriedigung erhalten würde, bey dem eigentlichen Concurs-Gericht einen Platz angewiesen zu erhalten befürchten müßte, wo er wenig oder gar nichts erhalten könne [81]).

75) Reichardt a. a. O. §. 19.

76) §. 20. und 21. Vergleiche auch Carrach, und Wahl a. a. O.

77) Reichardt a. a. O. §. 19.

78) Ebenderselbe §. 9.

79) Engelbrecht a. a. O.

80) Z. B. daß in foro rei sitae über die Ansprüche der Gläubiger besser entschieden werden könne, als vor dem Concurs-Gericht, weil hier genauere Urkunden vorhanden wären. Dieser Grund ist einestheils zu speciell, indem er nur dann Platz greifen würde, wenn von Verpfändung dieser schuldnerischen Güter, die vor den dortigen Gerichten geschehen ist, die Rede wäre, oder von Ansprüchen, die sich auf eine daselbst befindliche Urkunde begründeten, anderentheils hier völlig irrelevant. Ueberdies hat man auch hier nicht den Unterschied zwischen Entscheidung der Sache, und Execution der Sentenz berücksichtiget. Daß das erstere von dem auswärtigen Landes-Gericht geschehen könne, haben wir schon oben zugegeben, und auf das letztere, wovon hier eigentlich die Rede ist, paßt dieser Grund gar nicht.

81) PUFFENDORFF in Observat. Iuris Universi *T.* 1. *Obs.* 217. Reichardt a. a. O. §. 10.

§. 73.

§. 73.

Fortsetzung.

So scheinbar die im vorigen Paragraphen vorgetragenen Gründe auch immer seyn mögen, so sehr verlieren sie, wenn man gehörig in sie eindringt, und leuchtet es bald hervor, daß sie die Lehrsätze, zu deren Erweise sie angeführt werden, im mindesten nicht so beweisen, als solche dadurch erwiesen werden sollen. Denn was

I) die Gründe anbetrifft, vermöge welcher man dem Concurs-Gericht alle Verfügung, und Concurrenz an dem außerhalb landes, und in einem anderen Territorium belegenen Vermögen des Schuldners abspricht, so ist es einmal ganz unrichtig, daß das schuldnerische Vermögen überhaupt durch den Concurs zu einer res quasi derelicta werde, und mithin gleichsam als Adespota dem landesherrn desjenigen Territoriums, worin es belegen ist, zur Obsorge, und Administration anheimfalle. Verliert denn der Schuldner durch den Concurs das Eigenthum seines Vermögens? Ich habe oben ausführlich erwiesen, daß so wenig der Concurs an sich, als die demselben hinzukommende Güter-Abtretung, dem Schuldner das Eigenthum seines Vermögens entziehe, sondern solches nach wie vor so lange bey ihm verbleibe, als nicht die Gläubiger vermöge der ihnen erworbenen Gerechtsame mit Zuziehung des Richters darüber so disponirt haben, daß es dem Schuldner entzogen werden muß. Es unterstellt also dies Princip den irrigen Grundsatz, daß der Schuldner durch den Concurs das Eigenthum seines Vermögens verliere, und ist daher, da dieser nichtig ist, auch zugleich mit nichtig. Zudem ist dieser Grund als eine bloße besondere Erfindung zur Vertheidigung des Lehrsatzes, den er berücksichtiget, zu betrachten, da alle Rechtslehrer, welche behaupten, daß der Schuldner das Eigenthum seines Vermögens beym Concurse ver-

liere, doch dasselbe auf die Gläubiger übertragen wissen wollen, nicht aber als eine res derelicta ansehen.

Gleichermaßen ist es ferner zweytens falsch, daß durch die Abforderung dieser auswärts belegenen Güter des Schuldners, ein Eingriff in landeshoheitliche Rechte geschehen würde, indem die Reichs-Gesetze nur verbiethen, daß einem Landesherrn seine Jurisdictions-Gerechtsame nicht gekränkt werden sollen, dies aber ja hiedurch nicht geschieht, sondern blos von der Remission des schuldnerischen Vermögens die Rede ist. Zwar gebe ich gerne zu, daß das Concurs-Gericht, weil es den Gerichten eines anderen Territoriums nichts befehlen kann, auch diesem nicht aufzugeben im Stande ist, das dorten belegene schuldnerische Vermögen an das Concurs-Gericht zu remittiren, oder ohne dessen Vorwissen Verfügungen damit vorzunehmen berechtiget sey, weil sich überhaupt kein Richter eine Verfügung an dem, was sich unter einer fremden Gerichtsbarkeit befindet, ohne Vorwissen, und Einwilligung des dortigen Richters anmaßen darf. — Allein da einmal in solchen Fällen zur Beförderung der Justiz-Pflege die Requisitorial-Schreiben eingeführt sind, auf welche auch allerdings die Richter eines fremden Territoriums reflectiren müssen, so sehe ich nicht ab, warum man auch hier den auswärtigen Richter nicht gebunden wissen will, auf die Requisitorialschreiben des Concurs-Gerichts Rücksicht zu nehmen, zumal da dieses nichts verlangt, was den Reichs-Gesetzen und der Landeshoheit entgegen ist, und sich auf Gerechtsame begründet, die demselben als Concurs-Gericht zuständig sind.

Die Gründe also, welche man zur Unterstützung des Lehrsatzes: daß das Concurs-Gericht die außerhalb Landes belegenen Güter des Schuldners nicht an sich ziehen, auch sich darüber nicht die geringste Disposition anmaßen könne, anführt, reichen warlich nicht hin, um solchen zu beweisen. Das einzige, wodurch ihm Nach-

druck

druck verschaffet werden kann, ist wol dieses, daß eine grosse Menge Fälle vorhanden sind, wo das Concurs-Gericht von der anziehenden Kraft hat Gebrauch machen wollen, allein die Gerichte des auswärtigen Territoriums solche nicht haben anerkennen wollen. Denn da bey dieser Frage landeshoheitliche Rechte mit ins Spiel kommen, und deren Bestimmung in Deutschland noch immer so manchen Schwierigkeiten unterworfen bleibt, so thut man freylich am besten; daß man den Lehrsatz: daß das Concurs-Gericht die außerhalb Landes belegenen Vermögensstücke des Schuldners nicht an sich ziehen, und darüber disponiren könne, zwar annimmt, aber so bestimmt, daß er keinem Gläubiger nachtheilig seyn kann, wie wir in der Folge zu thun uns bemühen werden. Denn was würde es helfen etwas zu behaupten, was entweder gar nicht, oder doch nur mit vielen Schwierigkeiten durchgesetzt werden kann, zumal da sich auch im entgegengesetzten Fall, wie sich unten zeigen wird, ganz füglich eine unschädliche Auskunft treffen läßt.

§. 74.

Fortsetzung.

Wir lassen diesen Punct, und wenden uns nunmehr auch

II) Zur Prüfung derjenigen Gründe, welche man zur Vertheidigung des Lehrsatzes, daß das auswärtige Landes-Gericht diejenigen Gläubiger, welche sich an dasselbe bereits vor entstandenem Concurse gewendet haben, oder erst nach entstandenem Concurse wenden dürften, ohne sich an den Concurs zu kehren, aus den unter seiner Jurisdiction belegenen Gütern des Schuldners befriedigen, auch wol gar einen sogenannten besonderen Concurs formiren könne, wenn der Gläubiger so viele vorhanden seyn sollten, daß das daselbst befindliche schuldnerische Vermögen nicht zu ihrer Befriedigung hinreichte. Da die-

dieser Lehrsatz so sehr mit dem ganzen Concurs-Verhältniß contrastirt, und manchen Gläubigern sehr schädlich werden kann, so ist es um so mehr unsere Pflicht, die Gründe, welche man von demselben anführt, strenge zu prüfen, und zu untersuchen, ob sie auch wirklich das beweisen, was dadurch bewiesen werden soll.

Der erste Grund, welchen man zur Vertheidigung dieses Lehrsatzes anführt: daß nemlich der Schuldner nach ausgebrochenem Concurse nichts Eigenes mehr habe, mithin sich jeder Gläubiger wegen seiner Ansprüche an den Richter wenden könne, unter dessen Gerichtsbarkeit etwas von dem schuldnerischen Vermögen angetroffen wird, ist offenbar unrichtig, so unrichtig, daß er kaum eine Widerlegung verdient, zumal wenn man sich die oben vorgetragenen Lehrsätze von den Wirkungen, welche der Concurs hervorbringt, ins Gedächtniß zurückruft, und sie hiermit zusammenhält. Ich habe oben ausführlich erwiesen, daß der Concurs dem Schuldner nicht das Eigenthum seines Vermögens entzieht, daß sein ganzes voriges Verhältniß unverändert bleibe, und er in Ansehung seines Vermögens alle vorige Rechte behalte, insoferne nur nicht die, den Gläubigern durch den Concurs erworbene Gerechtsame, damit collidiren. Wie kann man also behaupten, daß nach ausgebrochenem Concurse der Schuldner nichts Eigenes mehr habe? — Würde sich nicht vermöge dieses Grundes eben so gut behaupten lassen, daß wenn in demselben Territorium, wo sich das Concurs-Gericht befindet, die Güter des Schuldners, wie sehr häufig der Fall ist, unter verschiedenen Gerichtsbarkeiten zerstreuet liegen, die Gläubiger sich an jedes Gericht besonders wenden, und ihre Befriedigung aus den, unter der Jurisdiction dieses Gerichts belegenen, schuldnerischen Gütern fordern könnten, welches doch gewiß Niemand behaupten wird. Bleibt also das vorige Verhältniß des Schuldners, so contrastirt dieser Grund offenbar mit der deutschen Gerichtsver-

verfassung, indem vermöge desselben, die Gläubiger gegen den Schuldner aus jedwedem Grunde in foro rei sitae würden Klage erheben können, welches doch nicht der Schuldner gegen sich gelten zu lassen nöthig hat.

Ich komme zu dem zweyten Grund, welchen man für jene Lehrsätze anführt, nemlich daß die Angelegenheiten der Gläubiger, welche bey den fremden landes-Gerichten um ihre Befriedigung anhielten, mit den Angelegenheiten derjenigen Gläubiger in keiner Verbindung stünden, welche in dem lande, worin sich das Concurs-Gericht befindet, sich wegen ihrer Ansprüche gemeldet hätten, mithin nichts der besonderen Befriedigung jener Gläubiger aus dem außerhalb landes belegenen schuldnerischen Vermögen entgegenstehe, und will auch untersuchen, in wie ferne derselbe die Probe hält. Man begründet sich hierbey vorzüglich darauf, daß hier ein verschiedener Gegenstand vorhanden sey, woraus von den Gläubigern die Befriedigung ihrer Ansprüche nachgesucht werde, nemlich das in verschiedenen landen belegene Vermögen des Schuldners. Allein man erwäge nur alles genau, und man wird bald finden, daß dieser Satz eine bloße Erfindung ist — und was erfindet man nicht, um lieblings-Meinungen zu vertheidigen? Kommt es denn hier beym Concurse darauf an, ob ein Gläubiger aus einer bestimmten, dem Schuldner zugehörigen Sache, oder einen gewissen Theil des schuldnerischen Vermögens, oder im allgemeinen, aus dessen ganzen Vermögen seine Befriedigung fordert? Läßt sich nach dieser Idee nicht eben so gut annehmen, daß unter den Ansprüchen der übrigen Gläubiger, welche in dem Territorium, wo sich das Concurs-Gericht befindet, anhängig sind, ebenfalls keine Connexität vorhanden sey, zumal wenn einige Gläubiger aus einer bestimmten Sache des Schuldners befriediget seyn wollen, oder sich mit ihren Ansprüchen an andere Gerichte in demselben lande und nicht an das Concurs-Gericht gewendet haben, und aus den, unter

deren Gerichtsbarkeit liegenden schuldnerischen Vermögen ihre Befriedigung fordern? Denkt man sich den Concurs als einen Zustand, wo das ganze Vermögen eines Schuldners sich in dem Zustande befindet, daß die ihre Bezahlung verlangende Gläubiger nicht daraus befriediget werden können, (und daß er so gedacht werden müsse, habe ich oben gezeigt) — nimmt man ferner nun auf das Verhältniß Rücksicht, welches dadurch unter die Gläubiger, welche nach positiven Rechten in Rücksicht auf ihre Forderungen, nicht gleiche Vorzüge haben, hervorgebracht wird, so wird man gewiß nicht einmal mehr daran denken, ob auch wol dieses Verhältniß alsdann einen Abfall leiden könne, wenn die Güter des Schuldners in verschiedenen Territorien belegen sind. Denn unter allen Ansprüchen der Gläubiger entsteht ja nunmehr eine solche Connexität, daß durchaus nicht mehr die Befriedigung eines Gläubigers insbesondere geschehen kann, sondern zuförderst die Gerechtsame aller Gläubiger erwogen werden müssen, damit die Befriedigung nach den Vorzügen ihrer Forderungen geschehe. Ist dies nun aber der Fall, wie kann man denn sagen, daß die Angelegenheiten derjenigen Gläubiger, welche bey den Gerichten eines anderen Territoriums geklagt, und aus den dorten belegenen schuldnerischen Gütern ihre Befriedigung nachgesucht haben, nicht mit den, derjenigen Gläubiger in Verbindung stehen, deren Ansprüche in dem Territorium, worin sich das Concurs-Gericht befindet, entweder vor dem Concurs-Gerichte selbst, oder anderen dortigen Gerichten sind angebracht worden, da die Connexität, welche der Concurs hervorbringt, allgemein sich über die Anforderungen aller Gläubiger verbreitet, mithin sich auch nicht davon die Ansprüche derjenigen Gläubiger ausschließen lassen, welche bey den Gerichten eines anderen Territoriums geklagt, und aus den dorten belegenen schuldnerischen Gütern ihre Befriedigung verlangt haben. Dies vorausgesetzt, würde

de also offenbar den anderen Gläubigern ein Nachtheil zugefügt werden, wenn man annehmen wollte, daß die auswärtigen Landesgerichte die Gläubiger, welche sich bey ihnen gemeldet haben, von dem Concurs-Wesen in dem Lande, worin sich das Concurs-Gericht befindet, abgesondert, aus den unter ihrer Gerichtsbarkeit belegenen schuldnerischen Gütern befriedigen, oder wenn deren so viele vorhanden seyn sollten, daß solche nicht zu ihrer allerseitigen Befriedigung hinreichend wären, einen sogenannten besonderen Concurs formiren, sie besonders nach ihren Vorzügen classificiren, und darnach das schuldnerische Vermögen unter sie vertheilen könnten. — Und haben denn nicht die übrigen Gläubiger hinlängliche Mittel in Händen, diese ihnen so nachtheilige Handlungen der Gerichte des fremden Territoriums zu behindern? Denn so erwächst, wie ich oben ausführlich dargethan habe, jedem Gläubiger, wegen der durch den Concurs unter den Angelegenheiten aller Gläubiger hervorgebrachten Connexität, das Recht der Intervention, vermöge welchem er sich ins Mittel schlagen kann, sobald der Richter, ehe noch über die Vorzüge aller Gläubiger überhaupt entschieden ist, einen besonders befriedigen will, und solches behindern. — Und dieses Interventions-Recht würde doch nach allen rechtlichen Grundsätzen den übrigen Concurs-Gläubigern gegen dergleichen Handlungen auswärtiger Landes-Gerichte ebenfalls gestattet werden müssen, um die besondere Befriedigung derjenigen Gläubiger, welche sich dorten gemeldet haben, die entweder gradezu, oder mittelst Formirung eines sogenannten besondern Concurses geschehen sollte, zu behindern, indem die durch den Concurs hervorgebrachte Connexität sich über die Ansprüche aller Gläubiger erstreckt, die Befriedigung aus dem unzureichenden schuldnerischen Vermögen begehren, sie mögen anhängig seyn, bey welchem Gerichte sie wollen, die Befriedigung möge aus den Gütern des Schuldners, welche in demselben

Lande,

Lande, worin das Concurs-Gericht sich befindet, belegen sind, oder aus denjenigen, die in einem anderen Territorium liegen, insbesondere nachgesucht werden.

§. 75.

Fortsetzung.

Ich schreite zur Prüfung des vierten Grundes, welchen man zur Vertheidigung der oben erwähnten Lehrsätze anführt, nemlich daß die Ueberlassung der Befriedigung derjenigen Gläubiger, welche sich bey den auswärtigen Landes-Gerichten mit ihren Ansprüchen gemeldet haben, sowol, als der Bestimmung der Ordnung, worin sie zu befriedigen, an das Concurs-Gericht, dem landesherrlichen Ius de non evocando zuwider sey, und daher durchaus nicht angenommen werden könne, da dessen Kränkung durch mehrere Reichsgesetze nachdrücklich untersagt wäre. Denn der dritte Grund, daß nemlich die besondere Befriedigung derjenigen Gläubiger, welche sich an dem, außerhalb dem Territorium, worin sich das Concurs-Gericht befindet, belegenen schuldnerischen Vermögen halten, entweder gradezu, oder mittelst Formirung eines besonderen Concurses, dem Ganzen weit vortheilhafter sey, und das Concurs-Wesen dadurch weit schleuniger beendiget werde, als im entgegengesetzten Fall, ist meiner Einsicht nach viel zu seicht, als daß er einen wahren Grund zur Behauptung der mehrerwähnten Lehrsätze abzugeben vermöchte, und in dieser Eigenschaft einer Widerlegung verdiente. Denn wie kann überhaupt die schleunigere oder bequemere Beendigung einer Angelegenheit einen hinreichenden Grund abgeben, Gerechtsame zu kränken, oder wol gar zu vernichten? Am geschwindesten würde ein Concurs-Wesen seine Endschaft erreichen, wenn es jedem Gläubiger frey stünde, so wie der Schuldner nicht zahlen kann, zuzugreifen und zu nehmen, was er kann, und doch wird jetzt, da durch positive Gesetze die Vorzüge unter den

Gläu-

Gläubigern bestimmt sind, niemand mehr behaupten, daß solches geschehen könne. — Also nur der vierte Grund ist es, dem wir unsere Aufmerksamkeit zu widmen haben.

Man halte sich strenge an den Begriff vom Ius de non evocando der deutschen Landesherren, oder man wende solches analogisch auf das vorliegende Verhältniß an, — in jedem Fall läßt sich daher kein Grund nehmen, um den mehrmals gedachten Lehrsätzen das Wort zu reden. Quod olim (lehrt Herr G. J. R. Pütter [82]) privilegiis de non evocando caveri solebat, hodie Iuris universi est, *neminem mediatum in causa seu personae seu rei intuitu ad forum territoriale pertinente, praeterita instantia territoriali, ad suprema imperii tribunalia evocari posse.* Beym ersten Anblick leuchtet es ein, daß von dem Ius de non evocando der deutschen Landesherren gradezu kein Argument zur Vertheidigung jener Lehrsätze hergenommen werden kann. Aber man wende sie auch analogisch an, und es folgt nichts mehr und nichts weniger daraus, als daß das Concurs-Gericht nicht berechtiget ist, die Processe, welche gegen den Schuldner vor den Gerichten eines andern Territoriums obschweben, an sich zu reißen, und zu entscheiden, welchen Satz wir auch schon oben zugegeben haben, indem die Reichsgesetze jeden Landesherrn gegen alle Kränkung seiner Jurisdictions-Gerechtsame sichern. Allein die besondere Befriedigung der Gläubiger, welche bey den auswärtigen Gerichten ihre Forderungen angebracht haben, aus den unter der Gerichtsbarkeit derselben belegenen schuldnerischen Effecten, und die Formirung eines sogenannten besonderen Concurses, läßt sich in Ewigkeit daher nicht erweisen. Und nur zu sehr steht das Verhältniß aller Gläubiger zu einander, welches der Concurs hervorbringt, entgegen, als diese Lehre ohne hinlängliche Gründe anzunehmen. Man lasse den auswärtigen Gerichten das Recht, die Sentenz in den vor ihnen

nen, zu der Zeit, wo der Concurs ausbricht, gegen den Schuldner anhängigen Rechtssachen, zu fällen, und die Befriedigung der Gläubiger, nach der von dem Concurs-Gericht bestimmten Ordnung, aus dem, unter ihrer Gerichtsbarkeit belegenen Vermögen des Schuldners zu beschaffen, und es wird so wenig den landeshoheitlichen Gerechtsamen des andern Territoriums, als den der Gläubiger zu nahe getreten. — Und wenn überhaupt das Concurs-Gericht, vermöge seiner Obliegenheit, diejenigen auffordert, welche an dem Schuldner aus einem gesetzmäßigen Grunde Ansprüche zu machen vermeinen, ihre Forderungen demselben anzuzeigen, und zu verificiren, so evocirt dasselbe ja nicht die bey den Landes-Gerichten eines anderen Territoriums gegen den Gemeinschuldner anhängigen Processe, sondern zwingt blos die Gläubiger, welche am Concurse Antheil nehmen wollen, das Concurs-Gericht mit ihren Forderungen bekannt zu machen, damit ihnen in der, von demselben zu bestimmenden Ordnung, ihr Platz angewiesen werden könne. Diese Aufforderung, welche an alle Gläubiger ergeht, muß nun auch freylich die Unterthanen eines anderen Territoriums treffen, wenn diese an dem Schuldner etwas zu fordern haben sollten, und sie verbinden; — und darum kann man doch nicht annehmen, daß daraus eine unerlaubte Evocation entstehe. Wie! wenn nun in dem andern Territorium der Schuldner keine Güter hätte, müßten da doch nicht die Unterthanen desselben, wenn sie an dem Schuldner etwas zu fordern haben, und sich nicht präcludirt sehen wollen, an das Concurs-Gericht gehen, und daselbst ihre Ansprüche geltend machen?

Der Grund endlich fünftens, daß den auswärtigen Gerichten die Früchte ihrer Jurisdiction entzogen würden, wenn sie die Befriedigung der Gläubiger, welche sich bey ihnen melden, dem Concurs-Gerichte überlassen sollten, hebt sich von selbst als ganz unbedeutend. Denn so ist 1) darauf nie Rücksicht zu nehmen, sobald

als von der Kränkung wohlerworbener Rechte, wie hier der Fall seyn würde, die Rede ist, und dann 2) erleiden auch selbst die auswärtigen Gerichte eben keine große Minderung an ihren Einkünften der Gerichtsbarkeit, wenn es nach den kurz zuvor von uns bestimmten, und noch fernerweitig näher zu bestimmenden Grundsätzen geht.

Was zur Vertheidigung der oben entwickelten Lehrsätze noch wol am mehresten dient, ist ohnstreitig dasjenige, was ich §. 72. zuletzt bemerkt habe, nemlich: daß fast in jedem Lande die Vorzüge unter den Gläubigern, wenn nicht im Ganzen, doch in sehr vielen Fällen, verschieden sind, und bisweilen in einem Territorium ein Gläubiger in einer höheren Classe, in dem anderen hingegen in einer niedrigeren seine Befriedigung erhält, mithin den Gläubigern, die bey den auswärtigen Gerichten sich gemeldet haben, dadurch ein Nachtheil zugefügt werden möchte, wenn sie, da sie vielleicht hier wegen eines besonderen Vorzugs ihre volle Befriedigung erhalten könnten, von dem Concurs-Gericht in eine niedere Classe verwiesen, und den sogenannten schlechten Gläubigern sich beygesellet sehen müßten. Allein so scheinbar auch dies Argument ist, so relevirt es doch im mindesten nichts, sobald man alles hinlänglich erwägt. Denn so kann man 1) eben so gut den Satz umkehren, und sagen: es würden sehr viele Gläubiger, die sich beym Concurs-Gerichte mit ihren Forderungen gemeldet haben, dadurch vervortheilet, wenn nun in dem anderen Territorium, bey der Formirung des sogenannten besonderen Concurses, Gläubiger ihre Befriedigung bekommen, die beym Concurs-Gerichte gewiß nichts erhalten haben würden. Ja! stellt man sich die Sache nach allen ihren verschiedenen Gesichtspuncten vor, so biethet das obige Argument mehr Gründe zur Verwerfung jener Lehrsätze, als zur Annahme derselben dar. Denn offenbar ist es, daß bey einem solchen abgesonderten Schulden-Wesen in dem anderen

Terri-

Territorium, wenn gleich in beyden Territorien gleiche Vorzüge in Ansehung der Gläubiger gelten sollten, auch ein noch so schlechter Gläubiger des Schuldners zu seiner Befriedigung gelangen, dahingegen ein weit mehr bevorzügter Gläubiger beym Concurs-Gericht selbst zu kurz kommen kann, weil es daselbst vielleicht an einer hinlänglichen Concurs-Masse fehlt. Dann 2) tritt hier beym Concurse ein sonderbares Verhältniß ein, welches, wie ich glaube, bewirken muß, daß diejenigen Rechte, welche in foro domicilii des Schuldners, als dem Ort des Concurs-Gerichts gelten, allen anderen, mithin auch den Rechten des anderen Territoriums, worin ein Theil des schuldnerischen Vermögens belegen ist, vorgezogen werden müssen; sobald als von Befriedigung der Gläubiger, und der Ordnung, worin diese Befriedigung geschehen soll, die Rede ist. Denn die Gläubiger treten bey ihrer Disposition über das schuldnerische Vermögen an die Stelle des Schuldners, und repräsentiren denselben, wie oben gezeigt worden, müssen mithin auch alle mit einander, so zu reden, ex persona debitoris beurtheilet werden; es können hinfolglich, wenn von Bestimmung der Ordnung, worin ihre Befriedigung erfolgen soll, die Rede ist, nicht füglich andere Rechte, als die des Concurs-Gerichts, zur Richtschnur angenommen werden. Man betrachte die Sache wie man will, so findet man immer eine große Aehnlichkeit zwischen ihr und dem Fall, wo jemand beerbt werden soll, wo ebenfalls nach richtigen Grundsätzen die Erbfolge nach den Rechten seines Wohnorts bestimmt werden muß. Noch mehr Stärke gewinnt diese Behauptung, wenn wir erwägen, daß die allgemeine, unter den Gläubigern durch den Concurs hervorgebrachte Verbindung, durchaus die Anwendung diverser Rechte, bey Bestimmung der Ordnung, worin sie befriediget werden sollen, nicht zulassen kann. Und unter diesen, meiner Einsicht nach, so einleuchtenden Grundsätzen, kann warlich auch die Einwen-

wendung nichts bedeuten, daß die Unterthanen des anderen Territoriums, wenn sie als Gläubiger auftreten, dadurch lädirt würden, wenn sie sich vom Concurs = Gericht ihren Platz unter den übrigen Gläubigern anweisen lassen sollten, wenn zumal in dem Territorium, dessen Unterthanen sie sind, für ihnen vortheilhaftere Rechte gelten. Denn wie, wenn nun daselbst keine schuldnerische Vermögensstücke vorhanden wären, müßten sie sich da doch nicht an das Concurs = Gericht wenden, und erwarten, welchen Platz ihnen dasselbe nach den dorten geltenden Gesetzen anweist? — Und wie kann endlich der besondere Vortheil einzelner Gläubiger einen Grund abgeben, ein allgemeines rechtliches Verhältniß, wie hier der Fall ist, zu zerreißen?

82) Institut. Iuris Publici §. 297.

§. 76.

Resultat der bisherigen Untersuchung.

Da, wie wir bisher gesehen haben, die besondere Befriedigung derjenigen Gläubiger, welche zur Zeit des ausgebrochenen Concurses bey auswärtigen landes = Gerichten gegen den Schuldner geklagt haben, oder sich vielleicht erst nachher wegen ihrer Forderungen an selbige wenden, aus den unter ihrer Jurisdiction belegenen schuldnerischen Vermögensstücken, entweder gradezu, oder mittelst Formirung eines sogenannten besonderen Concurses, durchaus nicht als richtig angenommen werden kann, vielmehr derselben das durch den Concurs unter den Ansprüchen aller Gläubiger hervorgebrachte Verhältniß entgegensteht; gleichwol sich aber auch nicht erweisen läßt, daß die auswärtigen landes = Gerichte schuldig wären, dem Concurs = Gerichte über die unter ihrer Gerichtsbarkeit belegenen schuldnerischen Güter eine Disposition zu gestatten, oder solche wol gar an das Concurs = Gericht zu remittiren, — auch die wirkliche Renitenz

der auswärtigen Landes-Gerichte auf das Ansinnen des Concurs-Gerichts, durch mehr als einen Fall bewiesen werden kann: so kommt es nun darauf an, zu bestimmen, wie es in einem solchen Fall, wo ein Theil des schuldnerischen Vermögens außerhalb dem Lande, worin sich das Concurs-Gericht befindet, belegen ist, gehalten werden müsse. Und da es hier an allen positiven Bestimmungen fehlt, mithin blos aus der Natur der Sache die Entscheidung hergenommen werden muß, so bin ich der Meinung, daß es folgendergestalt damit gehalten werden müsse.

I. Bey der Disposition der Gläubiger über das schuldnerische Vermögen, in so ferne solche die außerhalb Landes belegene Güter des Schuldners betrifft, concurrirt nicht das Concurs-Gericht, sondern diese Concurrenz verrichten die auswärtigen Landes-Gerichte.

II. Die Ordnung, worin die Gläubiger befriediget werden sollen, bestimmt allgemein das Concurs-Gericht, zu welchem Ende auch diejenigen Gläubiger, deren Angelegenheiten vor den Gerichten des anderen Territoriums berichtiget sind, an selbiges remittirt werden müssen, keinesweges aber kann von den auswärtigen Landes-Gerichten ein besonderer Concurs formirt, und eine besondere Locations-Sentenz gesprochen werden.

III. Die wirkliche Befriedigung der Gläubiger beschaffen theils das Concurs-Gericht, in so weit die bey demselben befindliche Concurs-Masse zureicht, theils die auswärtigen Landes-Gerichte insbesondere, aus dem unter ihrer Jurisdiction belegenen schuldnerischen Vermögen, wobey diese jedoch auf die von dem Concurs-Gericht ausgesprochene Locations-Sentenz Rücksicht nehmen müssen.

Bey dieser Theorie, die nach meiner Ueberzeugung dem Concurs-Wesen so angemessen als möglich ist, werden

so

so wenig die Hoheits- und Jurisdictions-Gerechtsame des andern Territoriums, worin einige schuldnerische Güter belegen sind, als die der Gläubiger gekränkt, welches bey jenen Lehrsätzen, die ich zu widerlegen bemühet gewesen bin, aber nicht der Fall ist. Man könnte mir freylich entgegensetzen, daß diese Theorie zu den unglücklichen Einfällen gehöre, welchen es an der Ausführung mangele, indem Fälle genug vorhanden wären, wo die auswärtigen Landes-Gerichte sich nicht an das Concurs-Wesen in dem anderen Territorium gekehrt, sondern die Gläubiger, welche sich bey ihnen gemeldet, gradezu befriediget, oder einen besonderen Concurs formiret hätten [83]); allein dann antworte ich, daß ich mich noch keinesweges davon überzeugen kann, daß alles, was geschehen ist, darum auch als rechtlich angenommen werden könne, und es die Pflicht des Rechtsgelehrten sey, so viel als möglich zu bestimmen, was nach den Rechten eigentlich geschehen müsse.

83) Siehe Reichardt a. a. O. am Ende der Abhandlung.

Drittes Hauptstück.

Von den zum Nachtheil seiner Gläubiger, von dem Gemeinschuldner, in Hinsicht auf sein Vermögen, vorgenommenen Dispositionen, und was dabey Rechtens ist.

§. 77.

Begriff einer, zum Nachtheil seiner Gläubiger von dem Gemeinschuldner, in Hinsicht auf sein Vermögen, vorgenommenen Disposition.

Selten ereignet sich ein Schulden-Wesen, bey welchem die Gläubiger sich nicht sehr über den Gemeinschuldner beschweren, daß derselbe in Hinsicht auf sein Vermögen etwas vorgenommen, was zu ihrem Nachtheil gereicht, oder deutlicher zu reden, wodurch sie an ihrer Befriedigung entweder gekränkt, oder auch wol gar um selbige gebracht worden. Diese Beschwerde wird bisweilen — und dies ist am häufigsten der Fall — von allen vorhandenen Gläubigern, bisweilen aber auch nur von einigen derselben, geführt. Solche Handlungen des Schuldners, mittelst welchen derselbe in Hinsicht auf sein Vermögen etwas unternimmt, wodurch den Gläubigern entweder insgesammt, oder auch nur einigen von ihnen, an ihrer Befriedigung ein Nachtheil zugefügt wird, nenne ich im allgemeinsten Sinn — zum Nachtheil seiner Gläubiger, von dem Gemeinschuldner, in Hinsicht auf sein Vermögen, vorgenommene Dispositionen oder Verfügungen *).

*) Man

*) Man vergebe mir eine etwas übelklingende Bestimmung, wo eine besserlautende nicht das unter sich begreifen würde, was doch der Absicht nach darunter begriffen seyn soll.

§. 78.

Zwey Hauptgattungen solcher Dispositionen, Vermögens-Verringerung und Nicht-Erwerbung.

Alle solche Verfügungen des Gemeinschuldners, welche von demselben in Hinsicht auf sein Vermögen zum Nachtheil seiner Gläubiger unternommen gedacht werden können, lassen sich füglich unter zwey Haupt-Classen bringen. Sie bestehen nemlich entweder in einer Verringerung seines Vermögens (DEMINUTIO PATRIMONII [84]), oder in einer Nicht-Erwerbung (NON ADQUISITIO s. OMISSIO [85]). Eine Vermögens-Verringerung läßt sich auf Seiten des Schuldners so oft annehmen, als derselbe sich einer Sache oder eines Rechts entschlägt, welches er bereits vollkommen erworben hatte, und welches als ein Theil seines Vermögens betrachtet werden konnte, oder jemanden auch nur ein Recht an seinem Vermögen zugesteht, indem auch hiedurch eine Minderung seines Vermögens bewirket wird. Es gehören also dahin alle Fälle, wo z. B. der Schuldner eine ihm zugehörige Sache gänzlich zernichtet, oder sie auf einen anderen überträgt, eine Verbindlichkeit, womit ihm jemand verhaftet war, demselben erläßt, ein Recht, welches ihm zuständig war, extinguirt, jemanden ein Dienstbarkeits- oder Pfand-Recht an seinem Vermögen bestellt, und dergl. m. Uebrigens kommt hierbey nichts darauf an, ob sich der Gemeinschuldner bey einer solchen Verringerung seines Vermögens active oder passive verhält, z. B. ob er etwas von seinem Vermögen gradezu auf jemanden überträgt, oder in der Absicht derelinquirt, damit es von jemanden occupirt werden soll [86]). So gehört auch zu dem letzteren der Fall, wo der Schuldner es geschehen

hen läßt, daß jemand eine ihm zugehörige Sache durch die Verjährung erwirbt, oder sich dadurch von einer ihm obliegenden Leistung befreyet, da er doch solches hätte verhindern können [87]). Was die Nicht-Erwerbung anbetrifft, so läßt sich diese in Hinsicht auf den Schuldner so oft annehmen, als derselbe etwas zu erwerben unterläßt, was ihm entweder noch gar nicht, oder doch wenigstens noch nicht vollkommen erworben war. Diese Bestimmung bedarf eine nähere Zergliederung, wenn man in den Geist der römischen hieher gehörigen Verordnungen, mit welchen wir uns hernach beschäfftigen werden, genau eindringen will.

Ich rechne zu der Nicht-Erwerbung auf Seiten des Schuldners I) wenn derselbe etwas zu erwerben unterläßt, was ihm noch gar nicht erworben war. Diese Gattung der Nicht-Erwerbung kann man auch füglich Nicht-Erwerbung im eigentlichen Verstande dieses Worts nennen, ob sie gleich von jener, wovon ich hernach handeln werde, wenigstens hier, der Wirkung nach, nicht unterschieden ist. Hieher gehört, wenn der Schuldner etwas zu erwerben unterläßt, was ihm deferirt wird, oder auch, was ihm nicht einmal deferirt wird, was er aber doch hätte erwerben können. Ich rechne ferner II) zu der Nicht-Erwerbung, wenn der Gemeinschuldner etwas zu erwerben unterläßt, was ihm zwar schon erworben, aber doch noch nicht vollkommen erworben war. Hieher gehört nach dem römischen Recht, wenn der Schuldner ein ihm pure, oder unter einer schon existirenden Bedingung hinterlassenes Vermächtniß ausschlägt, oder sich einer ihm ipso Iure anheim gefallenen Erbschaft [88]) enthält. Es möchte ungereimt scheinen, diese Fälle zu der Nicht-Erwerbung zu rechnen, weil sowol eine unter der obigen Bestimmung legirte Sache, als eine ipso Iure nach dem römischen Recht erworbene Erbschaft, sogleich mit dem Tode des Vermächtnißgebers und Erblassers dem Eigen-

thum

thum des respective Vermächtnißnehmers und Erben, einverleibet wird [89]), zumal da selbst Ulpian im *L.* 5 *§.* 8. *D. de reb. eor. qui sub tutela* die von dem Pupillen geschehene Repudiation eines ihm legirten Grundstücks, für eine Veräußerung erklärt, und den Grund hinzufügt, quod iam res pupilli sit. Allein so wenig der Grundsatz des römischen Rechts, daß pure, oder unter einer schon existirenden Bedingung hinterlassene Vermächtnisse, als ipso Iure erworbene Erbschaften, sogleich mit dem Tode des Vermächtnißgebers, oder Erblassers, dem Eigenthum des respective Vermächtnißnehmers, und Erben als einverleibet angesehen werden sollen, als jene Bestimmung Ulpians kann uns irre machen, und bestimmen, diese Fälle nicht zu der Nicht-Erwerbung, sondern vielmehr zu der Vermögens-Verringerung zu rechnen. Denn einmal hat der Lehrsatz des Rechtsgelehrten Ulpian in dem angeführten Gesetze, wie Lauterbach [90]) richtig bemerkt, blos die Gunst des Pupillen zum Gegenstande, damit von demselben, während seines unmündigen Zustandes, alle Läsionen so viel als möglich entfernet werden möchten, zu welchem Ende man denn allerley Distinctionen hervorsuchte, woran man, wenn der Fall einen Großjährigen betroffen hätte, gewiß nie gedacht haben würde; und dann zweytens unterscheidet eben dieser Rechtslehrer an einem anderen Orte [91]) offenbar, zwischen **vollkommene, und unvollkommene Erwerbungen** (adquisitiones perfectae et simpliciter tales, und imperfectae s. secundum quid tales), und rechnet zu den letzteren Vermächtnisse, mit welchen ipso Iure erworbene Erbschaften, nach römischen Rechts-Principien in einem gleichen Verhältnisse stehen, wie sich aus dem Nachfolgenden ergeben wird. Und diesen Grundsätzen bleibt auch Ulpian im *L.* 6. *§.* 4. *D. quae in fraud. creditor.* treu, wo er den Gläubigern auf den Fall, wenn der Schuldner ein Vermächtniß repudiirt hat, die Paulianische Klage abspricht. Warum? — Weil er

solches zu der Nicht-Erwerbung des Schuldners, nicht aber zu der Vermögens-Verringerung desselben rechnet, und Nicht-Erwerbungen des Gemeinschuldners, wie wir hernach sehen werden, von den Gläubigern in der Regel nicht umgestoßen werden können.

Aber wann ist denn nun nach römischen Rechts-Grundsätzen eine nicht vollkommene Erwerbung vorhanden? — So oft, als jemanden zwar etwas nach unmittelbarer Verordnung der Gesetze erworben wird, allein die Gesetze ihm die Befugniß zugestehen, diese Erwerbung zu mißbilligen. Der Grund, warum nach den Lehrsätzen der römischen Juristen, die sich die Gesetzgeber so häufig zu eigen machten, wenn jemand eine Erwerbung dieser Art mißbilligte, solche Handlung nicht der Vermögens-Verringerung, sondern der Nicht-Erwerbung beygezählt wurde, ist ohnstreitig kein anderer als dieser, weil sie dergleichen unmittelbare Erwerbungen als solche betrachteten, wobey die stillschweigende Bedingung zum Grunde liege, wenn sich der Acquirent damit zufrieden bezeigen werde. Mißbilligte er sie nun, so wurde es so angesehen, als wenn die ipso Iure geschehene Erwerbung nicht geschehen war. Erst dann, wenn sich der Acquirent durch Worte, oder Handlungen, über diese Acquisition zufrieden erklärte, wurde nun die unvollkommene Erwerbung, in eine vollkommene verwandelt, und umgeschaffen. So lange aber dies noch nicht geschehen war, rechneten die römischen Rechtsgelehrten die Verstoßung einer solchen Acquisition zu der Nicht-Erwerbung.

Sowol ein Vermächtniß, als eine ipso Iure erworbene Erbschaft, gehört zu den unvollkommenen Erwerbungen. Wegen des Vermächtnisses entscheiden die Gesetze deutlich, und wegen der ipso Iure erworbenen Erbschaft muß die Analogie des Rechts die Auskunft geben. Und nach dieser ist wegen der Gleichheit des Grundes,

auch

auch selbige zu den unvollkommenen Erwerbungen zu rechnen [92]).

Sonst kommt bey der Nicht-Erwerbung nichts darauf an, auf welche Art und Weise hier von dem Schuldner gehandelt wird, ob er solche directe [93]), oder indirecte bewerkstelliget hat [94]).

84) arg. *L. 6. pr. D. quae in fraud. Credit. L. 1. §. 6. D. si quid in fraud. patron. L. 134. pr. D. de reg. Iur.*

85) *L. 28. D. de Verb. signific.*

86) *L. 5. D. quae in fraud. Creditor.*

87) *L. 28. D. de Verbor. significat.*

88) *§. 3. I. de heredit. quae ab intestat. L. 14. D. de suis et legitim. hered.*

89) *L. 44. §. 1. D. de legat. 1. L. 77. §. 3. D. de legat. 2. L. 14. D. de suis et legitim. heredib.*

90) Colleg. theoret. practic. *Tit. quae in fraud. Creditor. §. 8.*

91) im *L. 1. §. 6. D. si quid in fraud. patron.*

92) Die größte Bedenklichkeit, die sich gegen die Richtigkeit dieses Satzes machen ließe, würde ohne Zweifel diese seyn: daß selbst in dem römischen Rechte, wo die Erwerbung einer Erbschaft ipso Iure, nur in Ansehung der unter väterlicher Gewalt sich befindenden Kinder statt findet, von den Kindern gesagt wird, eos magis heredes patris *existere*, quam *fieri*, mithin wol sehr zu vermuthen sey, daß die Römer die Erwerbung einer Erbschaft, welche ipso Iure geschieht, zu den vollkommenen Erwerbungen gerechnet hätten. Allein einmal ist diese Acquisition von der eines Vermächtnisses, so viel den Uebergang in das Eigenthum anbetrifft, im mindesten nicht verschieden, und dann zweytens hat der Prätor den Kindern das beneficium abstinendi verliehen, welches bewirkt, daß, so lange sie sich noch nicht über die Acquisition der Erbschaft erklärt, und solche genehmiget haben, diese Erwerbung noch immerhin als eine unvollkommene Acquisition angesehen werden muß.

93) Z. B. wenn jemand die ihm deferirte Erbschaft oder Schenkung ausschlägt, auf ein zukünftiges Emolument

Verzicht leistet u. s. f. So gehört auch dahin nach römischen Recht, wenn der Vater seinem Sohn, der sich in der väterlichen Gewalt befand, verboth, eine Erbschaft, die ihm deferirt war, anzunehmen.

94) Z. B. wenn jemand die Existenz einer Bedingung behindert, unter welcher ihm gewisse Vortheile waren bewilliget worden. So gehörte auch bey den Römern hieher der Fall, wo jemand seinen Sohn aus der väterlichen Gewalt, oder seinen Knecht aus der Knechtschaft entließ, wenn diese eben im Begriff waren, etwas zu erwerben.

§. 79.

Untersuchung, was dabey Rechtens sey? — Läßt sich nicht allgemein bestimmen, sondern es muß dabey auf die verschiedenen Gattungen solcher Dispositionen Rücksicht genommen werden.

Kommen wir auf die Untersuchung der Frage: Was ist Rechtens, wenn der Gemeinschuldner zum Nachtheil seiner Gläubiger, in Hinsicht auf sein Vermögen, disponirt hat, so möchte es scheinen, als wenn der im vorigen Paragraphen so sorgfältig gemachte Unterschied zwischen Vermögens-Verringerung und Nicht-Erwerbung völlig unbedeutend sey, indem auf beyderley Art die Gläubiger gleich stark verletzt werden. Allein dies ist keinesweges der Fall. Schon der Natur der Sache nach, ist zwischen beyden Gattungen solcher Dispositionen ein großer Unterschied vorhanden. Die Vermögens-Verringerung betrifft immer eine Sache, welche jemand schon vollkommen erworben hatte, und welche als ein Theil seines Vermögens betrachtet werden konnte, die Nicht-Erwerbung hingegen etwas, was jemand noch nicht vollkommen erworben hatte, und daher nach dem positiven Recht noch nicht zu seinem Vermögen gezählt werden konnte. Jene involvirt beständig eine Handlung des Schuldners, wodurch derselbe bewirkt, daß etwas, was sein war, sol-

ches zu seyn aufhört, diese eine Handlung, wodurch er nur behindert, daß etwas das Seinige werden kann. — Und diesen schon in der Natur der Sache gegründeten Unterschied zwischen Vermögens-Verringerung, und Nicht-Erwerbung, haben die römischen Gesetzgeber und Rechtsgelehrten, nicht nur in unzähligen anderen Fällen berücksichtiget [95]), sondern auch hier beym Concurse, in Entscheidung der oben berührten Frage, zum Grunde gelegt [96]). Will man daher die Frage: was ist Rechtens, wenn der Gemeinschuldner zum Nachtheil seiner Gläubiger über sein Vermögen disponirt hat, gründlich beantworten, so muß auf diesen Unterschied durchaus Rücksicht genommen werden. Ich werde daher zuerst von dem Fall handeln, wo die Disposition des Schuldners eine Vermögens-Verringerung war, und hernach zu erörtern suchen, was dann Rechtens ist, wenn sie in einer Nicht-Erwerbung bestand.

95) *L. 6. pr. D. quae in fraud. Creditor. L. 1. §. 6. D. si quid in fraud. patron. L. 134. pr. D. de reg. Iur. L. 28. D. de V. S. L. 1. §. 23. D. de Collat. bonor.* Im *L. 5. §. 5. D. de Iure dot.* kommt die Frage vor, ob eine von dem Vater in der Absicht ausgeschlagene Erbschaft oder Vermächtniß, damit solche dem Schwiegersohn als Brautschatz anheim fallen möge, zu den adventizischen, oder profectizischen Brautschatz gerechnet werden müsse, und Ulpian behauptet mit dem Julian, es sey solches ein adventizischer Brautschatz, und fügt den Grund hinzu, quia nihil *de suo erogavit* pater, sed *non adquisivit.* Ein anderes merkwürdiges Beyspiel, wie sehr die römischen Juristen zwischen Vermögens-Verringerung, und Nicht-Erwerbung unterschieden, liefert *L. 5. §. 13. D. de donat. inter V. et V.* Es ist bekannt, daß nach dem älteren römischen Recht alle Schenkungen unter Ehegatten verboten, und wenn sie geschehen ipso Iure null, und nichtig waren. Nun wird in dem angeführten Gesetz die Frage aufgeworfen, ob auch der Fall für eine Schenkung unter den Ehegatten zu halten sey, wenn ein Ehemann eine ihm deferirte Erbschaft zu dem Ende ausschlägt, damit selbige seiner Ehegattin, die mit ihm entweder zugleich als Miterbin eingesetzt, oder ihm substituirt, oder nächste Intestat-

stat-Erbin des Verstorbenen war, anheimfallen möchte, und Ulpian läugnet solches geradezu, weil der Grund des Gesetzes, warum solche Schenkungen unter Ehegatten verbothen sind, hier wegfalle. Neque enim (sagt er) *pauperior* fit, *qui non adquisivit*, sed *qui de patrimonio suo deposuit*. — Und dergleichen gesetzlicher Entscheidungen ist noch eine große Menge vorhanden, wobey der Unterschied zwischen Vermögens-Verringerung, und Nicht-Erwerbung, theils ausdrücklich, theils stillschweigend zum Grunde liegt.

96) Der ganze Titul der Pandecten, *quae in fraudem Creditor.*, imgleichen der Titul *si quid in fraud. patr.* liefert davon den Beweis, wie die folgende Ausführung mit mehreren ergeben wird.

§. 80.

A) Wenn die Disposition des Schuldners in einer wirklichen Vermögens-Verringerung besteht,

und

I) Nach ausgebrochenem Concurse geschehen ist.

Besteht A) die Disposition des Gemeinschuldners, welche er in Hinsicht auf sein Vermögen vorgenommen hat, und welche zum Nachtheil seiner Gläubiger entweder aller, oder einiger gereicht, in einer wirklichen Verringerung desselben, so ist bey Bestimmung der Frage, was dabey Rechtens ist, der Unterschied zu beobachten, ob solche nach bereits ausgebrochenem Concurse, oder vorher geschehen ist. Im ersteren Fall ist sie ipso iure null und nichtig, und kann dasjenige, was etwa dabey von dem Schuldner auf einen anderen übertragen seyn sollte, von den Gläubigern vindicirt werden [97]). Ohne Unterschied, es möge diese Translation auf einen Dritten, oder selbst auf einen Concurs-Gläubiger geschehen seyn, sie möge im letzteren Falle die Zahlung zum Endzweck haben oder nicht. Denn auch nach entstandenem Concurse kann der Schuldner keinem seiner Gläubiger wegen des durch den Concurs hervorgebrach-

brachten Verhältnisses, und der Analogie des L. 6. §. 7. D. *quae in fraud. Credit.* mehr Zahlung leisten. Zwar verliert, wie ich oben gezeigt habe, der Schuldner durch den Concurs an, und für sich selbst betrachtet, so wenig das Eigenthum, als die Disposition über sein Vermögen, allein er darf nunmehr nichts mehr an demselben unternehmen, was seinen Gläubigern zum Nachtheil gereichen könnte, und daher müssen alle seine Handlungen in so ferne den Gläubigern daraus ein Nachtheil erwächst, wegen des wohlerworbenen Rechts derselben an dem schuldnerischen Vermögen, als ungültig angenommen werden. Zwar fehlt es nicht an Rechtslehrern [98]), welche behaupten, daß auch solche Vermögens-Verringerungen, welche der Schuldner nach entstandenem Concurse unternommen, zu Recht beständig wären, und entweder mit der hypothekarischen, oder mit der Paulianischen, oder mit einer sogenannten rescissorischen Klage (vergleiche die folgenden Paragraphen) anfochten werden müßten; Allein 1) ist dieses den Lehrsätzen von den Wirkungen des Concurses offenbar entgegen, nach welchen der Schuldner sogleich wie der Concurs ausbricht, der Disposition über sein Vermögen in so ferne beraubt wird, als dadurch für seine Gläubiger ein Nachtheil entsteht [99]). Dann 2) beweisen die Gesetze [100]), worauf man sich bey dieser Behauptung begründet, im mindesten solches nicht, sondern die darin enthaltenen Verordnungen müssen vielmehr, wie ich weiter unten darthun werde, auf solche Verfügungen des Schuldners, welche derselbe vor entstandenem Concurse unternommen hat, analogisch angewendet werden, und endlich 3) so steht auch unserer Behauptung der Gerichtsbrauch zur Seite [1]), wodurch in so mancher Rücksicht theoretische Lehrsätze, unbrauchbar gemacht werden, und auch hier eine Abänderung erleiden würden, wenn sie solcher erst bedürftig wären.

97) SALGADO DE SAMOZA in labyrintho Creditor. concurrent. *P.* 1. *C.* 14. *nr.* 1. *seq.* Wie nun aber, wenn derjenige, auf welchen der Schuldner nach entstandenem Concurse etwas aus seinem Vermögen übertragen hatte, solches nicht mehr besitzt, sondern wiederum auf einen andern transferirt hat? Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden. 1) Wußte derjenige, welcher etwas von dem Schuldner erhielt, daß derselbe bereits im Concurs befangen war, so ist er als malae fidei possessor zu betrachten, mithin können die Gläubiger sich gegen ihn der utilis rei vindicatio um den Werth der Sache zu ersetzen, bedienen arg. *L.* 27. *§.* 3. *D. de rei vindicat.* 2) War dies nicht der Fall, so können ihn die Gläubiger nicht antasten, es wäre denn, daß er dadurch bereichert worden wäre, wo er solches zu ersetzen angehalten werden muß, jedoch bleibt ihnen die Reivindication gegen denjenigen verstattet, auf welchen die Sache ist übertragen worden, wenn sie denselben etwa habhaft werden können, weil solche überhaupt ihnen gegen jeden Besitzer gestattet ist. 3) Hat ein Gläubiger Zahlung von dem Schuldner bona fide empfangen, und nicht gewußt, daß der Concurs bereits ausgebrochen war, so kann gegen ihn Condictio sine cauſſa von den übrigen Gläubigern angestellt werden, wenn er das gegebene consummirt hatte, um so viel als er empfangen hat, zur Concurs-Masse zurück zu liefern. Denn durch diese Klage kann alles zurück gefordert werden, was mit dem Nachtheil des Klägers sine iusta cauſſa auf den Beklagten ist übertragen worden. *L.* 1. *§.* 3. *D. de condict. sine cauſſ.* OELTZE D. de creditore sibi vigilante §. XX.

98) *Arnold* VINNIUS ad *§.* 6. *I. de action.* nr. 3.

99) Vergleiche den §. 29. und 37. Noch einen sehr wichtigen Grund führt OELTZE in der D. de oreditore sibi vigilante §. V. für diesen Lehrsatz an, nemlich daß das ganze Vermögen des Schuldners durch den Concurs zu einer res litigiosa werde; womit nach dem *L.* 2. *C. de litigios.* keine Veränderung vorgenommen werden dürfte.

100) z. B. *§.* 6. *I. de action. L.* 6. *§.* 7. *L.* 9. *L.* 10. *§.* 16. *D. quae in fraud. Creditor.*

1) *Io. Aug.* HELLFELDT Iurispr. forens. §. 1813. und 1830. Gmelin vom materiellen Concurs der Gläubiger §. XIII. Daß dieser letztere Rechtsleh-

lehrer auch solche Vermögens-Verringerungen, die nach entstandenem Concurse von dem Schuldner sind unternommen worden, in einigen Fällen, nemlich wenn sie vor dem richterlichen Verboth an den Schuldner, nicht weiter über sein Vermögen zu disponiren, unternommen worden, für zu Recht beständig erklärt, kommt von der Distinction zwischen materiellen, und formellen Concurs her, die wir oben als irrelevant verworfen haben. Im Grunde aber pflichtet er eben dieser Meinung bey.

§. 81.

II) Vor ausgebrochenem Concurse geschehen ist.

Ganz anders verhält sich **zweytens** die Sache, wenn der Schuldner eine solche Verringerung seines Vermögens vor entstandenem Concurse unternommen hat. Jedoch läßt sich, was in solchem Fall Rechtens sey, nicht allgemein bestimmen, sondern alles kommt hier darauf an, ob der landesherrliche Fiscus, wenn dieser unter den Gläubigern sich mit befindet, dadurch an seiner Befriedigung eine Läsion erlitten hat, oder, ob solche Verletzung blos die anderen Concurs-Gläubiger entweder alle, oder zum Theil, oder nur etwa einen aus ihrem Mittel trifft. Von dem letzteren Fall muß zuvörderst aus dem Grunde gehandelt werden, weil der landesherrliche Fiscus, der sich überhaupt so ansehnlicher Privilegien zu erfreuen hat, auch hier große Vorzüge vor den übrigen Concurs-Gläubigern genießt, die nicht füglicher dargestellt werden können, als wenn man das Verhältniß der anderen Concurs-Gläubiger zu einer solchen Handlung des Gemeinschuldners, und ihre Gerechtsame zuvor abgehandelt hat.

§. 82.

1) Wird untersucht was Rechtens sey, wenn die übrigen Concurs-Gläubiger außer dem landesherrlichen Fiscus dadurch eine Läsion erlitten haben.

Haben 1) die übrigen Concurs-Gläubiger außer dem landesherrlichen Fiscus durch solche Disposition des

Ge-

Gemeinschuldners in Hinsicht auf sein Vermögen, welche in einer Verringerung desselben besteht, eine Läsion erlitten, so ist bey Bestimmung der Frage, was dabey Rechtens sey? zu unterscheiden, ob der Schuldner eine solche Disposition bona fide unternahm, oder ob er dabey die bösliche Absicht hatte, dadurch die Gläubiger zu hintergehen, und um ihre Befriedigung zu bringen, oder doch wenigstens solche zu schmälern. Hatte der Gemeinschuldner eine solche bösliche Absicht, so wird diese seine Disposition überhaupt eine DEMINUTIO PATRIMONII IN FRAUDEM CREDITORUM genannt [2]).

2) Diese deminutio patrimonii in fraudem creditorum abseiten des Schuldners erhält so verschiedene Benennungen, sowohl in den Gesetzen, als von den Rechtslehrern, als die Handlung selbst verschieden seyn kann, wodurch sie hervorgebracht wird. Veräußert z. B. der Gemeinschuldner etwas in der böslichen Absicht, die Gläubiger dadurch zu verletzen, so heißt solches ALIENATIO IN FRAUDEM CREDITORUM. Verleiht er einen seiner Gläubiger ein Pfandrecht in der Absicht, damit dieser den anderen Gläubigern beym Concurse vorgezogen werden soll, so nennt man solches IUS PRIORITATIS IN FRAUDEM CREDITORUM CONCESSUM, u. s. f.

§. 83.

a) Wenn der Gemeinschuldner die Vermögens-Verringerung bona fide unternommen hatte.

Wenn der Gemeinschuldner erstens eine Verringerung bona fide, welches im Zweifel immer vermuthet werden muß, unternommen hat, so können die Concurs-Gläubiger solche so wenig nach dem römischen als heutigen Recht anfechten, und umstoßen, sondern es bleibt diese Verfügung des Schuldners bey Kräften, wenn auch die Gläubiger dadurch noch einen so großen Nachtheil empfinden sollten. Denn einestheils hat der Gemeinschuldner vor entstandenem Concurse der Gläubiger noch immer eine freye Disposition über sein Vermögen, handelt hinfolglich auf eine ihm gesetzlich erlaub-

te

te Art und Weise, anderentheils läßt sich hier kein hinlänglicher Grund gedenken, vermöge welchem man den Gläubigern das Recht zusprechen wollte, dergleichen schuldnerische Verfügungen zu impugniren. Denn dies, daß vielleicht schon damals, wie diese Verfügungen von dem Schuldner unternommen wurden, sein Vermögen unzureichend war, um alle seine Gläubiger zu befriedigen, kann keinen Grund abgeben, den Gläubigern die Zernichtung derselben zu gestatten, indem ja die Schulden, als Schulden betrachtet, eigentlich nur die Person des Schuldners und nicht sein Vermögen afficiren, sondern dieses nur erst in subsidium verbindlich wird. Was die hypothekarischen Gläubiger anbetrifft, so sind diese zwar auf dem Fall geborgen, wenn die von dem Schuldner etwa veräußerte Sache ihrem Pfandrecht unterworfen war, indem sie gegen jeden Besitzer derselben, mit der aus dem Pfandrecht entspringenden Quasi-Servianischen, oder hypothekarischen Klage auf die Abtretung derselben dringen, und solche zurückfordern können, ohne sich darum zu bekümmern, ob der zeitige Besitzer solche titulo oneroso, oder lucrativo erworben hatte [3]). Dahingegen was die Chirographarischen Gläubiger anlangt, so müssen diese durchaus durch solche schuldnerische Dispositionen Nachtheil empfinden, indem ihnen das dingliche Recht fehlt, und auch kein anderer rechtlicher Grund vorhanden ist, ihnen die Vernichtung solcher Dispositionen des Schuldners zu verstatten.

3) *§. 7. I. de actionib.* Westphal Pfandrecht. §. 272.

§. 84.

b) Wenn solche mala fide von ihm war unternommen worden.

α) Grundsätze des älteren, und strengen römischen Rechts.

Hat hingegen zweytens der Schuldner die Verringerung seines Vermögens mala fide oder in der böslichen

Absicht, dadurch die Gläubiger an ihrer Befriedigung zu kränken unternommen, so muß die Frage, was in Ansehung solcher Handlung des Schuldners Rechtens sey? anders beantwortet werden, wenn man auf das ältere und strenge römische Recht, und anders, wenn man auf das Prätorische Recht Rücksicht nimmt. Ich will diese Frage zuerst nach dem alten strengen römischen Recht beantworten.

Nach dem α) alten strengen römischen Recht blieb eine solche von dem Gemeinschuldner unternommene Verringerung seines Vermögens bey Kräften, und konnte nicht von den Gläubigern angefochten und umgeworfen werden, wenn auch gleich diese den Schuldner noch so sehr zu überführen vermögend gewesen wären, daß er solche in der böslichen Absicht, sie zu hintergehen, unternommen hatte; indem man lediglich darauf Rücksicht nahm, ob der Schuldner noch über sein Vermögen zu disponiren berechtigt gewesen war, nicht in welcher Absicht er darüber disponirt hatte. Nun steht aber, wie ich bereits im vorigen Paragraphen erwähnt habe, dem Schuldner vor ausgebrochenem Concurse die freyeste Disposition über sein Vermögen zu, mithin da nach dem alten strengen römischen Recht, nicht auf die Absicht, welche er bey dieser Disposition hatte, Rücksicht genommen wurde, sondern nur darauf, ob er über sein Vermögen zu disponiren befugt gewesen war, so war kein legitimer Grund vorhanden, vermöge welchem sie von den Gläubigern hätte umgestoßen werden können. Zwar empfunden die hypothekarischen Gläubiger des Schuldners alsdann dadurch keinen Nachtheil, wenn diese seine Verfügung eine ihrem Pfandrecht unterworfene Sache betraf, indem ihnen auch hier, die aus dem Pfandrecht entspringende Klage zu statten kam, allein für die Chirographarischen, und auch diejenigen hypothekarischen Gläubiger, deren Pfandrecht sich nicht darüber erstreckte, war alles verlohren, und hatten diese

keine rechtliche Mittel in Händen, sich gegen solche ihnen von dem Schuldner zugefügte Läsionen zu schützen [4]).

4) *Gustav Bernhard* BECMANN D. de debitore obaerato in praeiudicium creditorum non adquirente. *Götting.* 1774. §. *IV.* und *V.*

§. 85.

β) Nach dem prätorischen Recht. Paulianische Klage. Fraudatorisches Interdict.

Nach dem β) prätorischen Recht, ist diese Strenge des alten römischen Rechts dadurch gemildert worden, daß der Prätor den Chirographarischen Gläubigern, um selbige gegen den Nachtheil, welchen sie nach dem strengen Recht durch solche betrügerische Vermögens-Verringerungen des Gemeinschuldners empfinden mußten, zu sichern, in gewissen Fällen das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, und mittelst diesem eine Klage zur Zernichtung derselben verliehen hat, welche die Paulianische Klage genannt wird [5]). liegt gleich bey Einführung dieses prätorischen Rechtsmittels nur eigentlich die Begünstigung der Chirographarischen Gläubiger zum Grunde, so sind doch von dessen Gebrauch nach der richtigeren Meinung [6]), auch die hypothekarischen Gläubiger nicht ausgeschlossen, wenn sie sich auch gleich in mancher Rücksicht mittelst der hypothekarischen Klage, gegen dergleichen von dem Gemeinschuldner, durch eine boshafte Verringerung seines Vermögens, ihnen zugefügte Läsionen schützen können. Denn einmal erlaubt der Prätor in seinem Edict, den Gebrauch dieses Rechtsmittels den Gläubigern ganz allgemein, ohne solches besonders auf die Chirographarischen Gläubiger einzuschränken [7]), und dann zweytens, so ist dieses Rechtsmittel den hypothekarischen Gläubigern nicht nur in mancher Rücksicht weit nützlicher als die hypothekarische Klage [8]), sondern sie sind auch bisweilen desselben wirklich

bedürftig, weil sie sich der hypothekarischen Klage nicht mit Nachdruck bedienen können [9]).

Außerdem hat der Prätor den Gläubigern noch ein anderes vorzüglich auf die Wiedererlangung des Besitzes, der von dem Gemeinschuldner in der böslichen Absicht, um seine Gläubiger zu hintergehen, veräußerten Sache, abzweckendes Rechtsmittel, an dem sogenannten Fraudatorischen Interdict (INTERDICTUM FRAUDATORIUM) gestattet [10]), von welchem Rechtsmittel aber, wie wir unten sehen werden, die Gesetze uns wenige Kenntniß geben, und welches daher größtentheils aus der Analogie anderer Prätorischen Interdicte seine Bestimmung erhalten muß [11]).

5) *L. 1. pr. D. quae in fraud. Creditor.*

6) BECMANN l. c. §. V.

7) In dem Edict des Prätors *L. 1. pr. D. quae in fraud. Creditor.* wird die Anstellung dieses Rechtsmittels dem Curator bonorum verstattet, welcher nicht blos im Nahmen der Chirographarischen, sondern vielmehr aller und jeder Gläubiger des Gemeinschuldners handeln, und deren Gerechtsame wahrnehmen mußte. Dazu kommt, daß Ulpian in seiner Erklärung dieses Prätorischen Edicts §. 1. den Gebrauch dieses Rechtsmittels allen Gläubigern ohne Unterschied, sie mögen chirographarische oder hypothekarische seyn, verstattet, wenn er sagt: Necessario Praetor hoc Edictum proposuit: quo edicto consuluit *Creditoribus* revocando ea, quaecunque in fraudem eorum alienata sunt. Vergleiche *Anton* PEREZ ad Cod. Tit. *de his quae in fraud. Creditor. alienata sunt. Herrmann* VULTEIUS *ad §. 6. I. de actionib. nr.* 49.

8) Freylich ist nicht zu leugnen, daß die hypothekarische Klage im Ganzen weit vortheilhafter ist, als die Paulianische Klage, indem dadurch die Sache, welche der Schuldner aus seinem Vermögen entfernet hat, von jedem Besitzer abgefordert werden kann, dies aber bey der Paulianischen Klage nicht der Fall ist. Allein dagegen erfordert auch die hypothekarische Klage hinwiederum einen sehr strengen Beweis. Denn es ist bekannt, daß wenn dem Gläubiger, der eine ihm verpfändete Sache mit der hypo-

hypothekarischen Klage verfolgt, entgegen gesetzt wird, daß dem Schuldner an der verpfändeten Sache, nicht das Eigenthum zuständig sey, er das Eigenthum des Verpfänders beweisen müßte, welches alles, wie wir hernach sehen werden, bey der Paulianischen Klage wegfällt.

9) Dies ist alsdann der Fall, wenn der Schuldner durch eine betrügerische Handlung bewirkt hat, daß den Gläubigern die ihnen sonst zuständige hypothekarische Klage nicht Nutzen schaffen kann, wovon mancherley Fälle gedenkbar sind. Z. B. wenn hypothekarische Gläubiger, welchen der Schuldner eine frühere Privat-Hypothek zugestanden hatte, gegen die Besitzer der verpfändeten Sache klagen wollten, welchen der Schuldner in der Absicht, um sie zu betrügen, an derselben ein zwar jüngeres, aber öffentliches Pfandrecht verliehen hatte. *L. 2. L. 22. in fin. D. quae in fraud. creditor.* So auch wenn die Gläubiger, welchen der Schuldner ausstehende Forderungen verpfändet hatte, gegen diese Schuldner des Schuldners klagen wollten, welchen der Schuldner bereits in der Absicht, um seine Gläubiger zu hintergehen, ihre Verbindlichkeit erlassen hatte. *L. 1. §. 2. D. eod.*

10) Daß das Interdictum fraudatorium sehr von der Paulianischen Klage verschieden sey, werde ich in der Folge gegen diejenigen Rechtslehrer darzuthun bemühet seyn, welche beyde mit einander verwechseln, und für ein und eben dasselbe Rechtsmittel halten.

11) Gmelin vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 14. Angesehene Rechtslehrer nehmen außer diesen beyden Rechtsmitteln, noch mehrere an, welche von den Gesetzen den Gläubigern verliehen worden, um solche zu ihrem Nachtheil von dem Schuldner böslicher Weise unternommene Verringerungen seines Vermögens umzustoßen. Siehe *Carl Fried.* WALCH in not. ad *Ioach.* HOPPII Comment. succinct. ad Institut. Iustinian. *Tit. de actionib. p.* 876. ibiq. alleg. Allein erwägt man die Sache genau, so reden die Gesetze, worauf man sich beruft, theils von der Paulianischen Klage, theils vom Fraudatorischen Interdict. Der *L. 1. C. de revoc. iis quae in fraud. creditorum*, ein Rescript des Kaisers Antonin, aus welchem man wenigstens darzuthun glaubt, daß mehrere, wenn gleich jetzt uns unbekannte, auf die Zernichtung solcher schuldnerischen Verfügungen abzweckende Klagen vorhanden gewesen sind, beweist im

mindesten nicht für die Sache. Heres (heißt es daselbst) qui post aditam hereditatem ad eum, cui res cessit corpora hereditaria transtulit: creditoribus permansit obligatus. Si igitur in fraudem tuam id fecerit: bonis ejus excussis, USITATIS ACTIONIBUS (si tibi negotium gestum fuerit) ea quae in fraudem alienata probabuntur revocabis. Die Worte USITATIS ACTIONIBUS deuten hier zwar mehrere Klagen an, welche den Gläubigern zur Zernichtung der von dem Gemeinschuldner böslicher Weise zur Verringerung seines Vermögens unternommenen Dispositionen zuständig sind, allein es läßt sich daraus noch nicht die Existenz dieser mehreren Rechtsmittel wirklich beweisen. Denn 1) giebt es viele Gesetze in dem römischen Recht, wo das Wort actio im Plural vorkommt, und doch, wenn man die Sache genau erwägt, nur eine Klage angenommen werden kann. Dann 2) so ist auch das Gesetz hinlänglich gerechtfertiget, wenn man unter den Worten USITATIS ACTIONIBUS die Paulianische Klage, die, so wie wir hernach sehen werden, von zwiefacher Art ist, und das Fraudatorische Interdict versteht.

§. 86.

(A)

Von der Paulianischen Klage, deren Ursprung, und Zeitalter.

Von den beyden im vorigen Paragraphen erwähnten, den Gläubigern verstatteten Rechtsmitteln, um sich gegen betrügliche Vermögens-Verringerungen, welche der Schuldner vor entstandenem Concurse unternommen hat, zu sichern, ist die Paulianische Klage das vorzüglichste, daher ich von derselben zuerst handeln will. Dieses Rechtsmittel ist von dem Prätor Paullus durch ein Edict eingeführt, daher es auch die Paulianische Klage (ACTIO PAULIANA) genannt wird [12]). Dies bezeugt ausdrücklich Ulpian in dem *L.* 1. *§.* 1. *D. quae in fraud. Creditor.* in den Worten — Ait Praetor — und necessario Praetor hoc Edictum proposuit — — und verdient daher Joachim Mynsinger [25]) keinen Glauben, welcher diese Klage der Erfindung eines Rechtsgelehr-

gelehrten Namens Paulus zuschreibt. Was das Alter dieses prätorischen Edicts, wodurch die Paulianische Klage ihre Existenz erhalten hat, anbetrifft, so läßt sich davon nichts gewisses angeben, indem alle ältere Scribenten davon gänzlich schweigen [14]). Die mehresten Rechtslehrer [15]) glauben, daß es schon zu den Zeiten der freyen Republik gegeben worden, und zu Cicero's Zeiten gäng und gäbe gewesen sey. Sie berufen sich dabey auf eine Stelle des Cicero, wo der Paulianischen Klage ihrer Meinung nach ausdrücklich gedacht werde. Diese Stelle befindet sich in den Epistol. CICERONIS L. I. Epist. 1. ad Atticum, und lautet folgendergestalt: CAECILIUS Avunculus tuus a PUBL. VARIO cum magna pecunia fraudaretur, *agere* coepit cum eius fratre CANINIO SATRIO *de iis rebus quas eum dolo malo mancipio accepisse* de VARIO diceret: una agebant caeteri creditores, in quibus erat LUCULUS, et P. SCIPIO, et is quem putabant magistrum fore, si bona venirent L. PONTIUS. Dahingegen behauptet Everhard Otto [16]) nebst anderen Rechtslehrern [17]), daß die Paulianische Klage eine weit spätere Entstehung habe, und jene Stelle des Cicero nur blos von einer actio de dolo zu verstehen sey, welche der Prätor den Gläubigern in gewissen Fällen aus Billigkeit verliehen habe, um die von dem Schuldner böslicher Weise von seinem Vermögen veräußerten Sachen zu revociren. Mir scheint die erstere Meinung die richtigere zu seyn, und zwar aus folgenden Gründen. 1) Geschieht in dieser Stelle des Cicero eines debitoris in fraudem creditorum alienantis, und desjenigen, an welchen die Veräußerung geschehen ist, als eines dolo malo acquirentis Erwähnung, welche Criterien, wie ich weiter unten zeigen werde, auch der Paulianischen Klage eigen sind. Dann 2) wird der Actio de dolo, die nach Everhard Otto's, und anderer Rechtsgelehrten Meinung, bey dieser Stelle zum Grunde liegen soll, in keinem Ge-

setz gedacht, da doch solches bey anderen älteren Klagen mehrentheils der Fall ist. Endlich 3) so zeugt auch die Einführung der Paulianischen Klage mehr denn zu deutlich davon, daß vorher zum Vortheil der Gläubiger kein Rechtsmittel — auch nicht einmal ein der Paulianischen Klage ähnliches Rechtsmittel — vorhanden gewesen, um die von dem Gemeinschuldner böslicher Weise unternommene Verringerung seines Vermögens umzustoßen.

Zu allen diesen kommt noch hinzu, daß die Einführung der Paulianischen Klage zu den ganz überflüssigen prätorischen Unternehmungen gerechnet werden müßte, wenn man annehmen wollte, daß schon vorher eine Actio de dolo zu eben dem Endzweck, welchen die Paulianische Klage zum Grunde führt, den Gläubigern wäre verstattet worden, indem die Paulianische Klage, wie wir hernach sehen werden, von den Gläubigern nur unter gewissen Umständen angestellet werden kann, die Actio de dolo aber, nach ihrer individuellen Beschaffenheit, immer so oft von den Gläubigern hätte gebraucht werden können, als nur der Schuldner böslicher Weise eine Vermögens-Verringerung unternahm. Denn die Einschränkung — daß diese Actio de dolo nur in gewissen Fällen den Gläubigern verstattet worden, erhellt, so viel ich einsehen kann, so wenig aus jener Stelle des Cicero, als sie sich anderweitig darthun läßt.

12) Der Name dieser Klage kommt nur in einem einzigen Gesetze im ganzen römischen Rechtskörper, nemlich in dem *L.* 38. §. 4. *D. de Usuris* vor, wie unter andern A. STRUV in der D. de Paulliana §. 1. sehr gründlich gezeigt hat. *Benedict* CARPZOV in der D. de revocandis quae in fraud. creditor. alienata sunt C. 1. §. 2. will diese Klage ACTIO PAULLINA genannt wissen, weil die Benennung actio Pauliana keine richtige Ableitung von dem Namen ihres Erfinders sey. Allein einestheils kommt diese Klage unter dem Namen actio Pauliana nicht nur ebenfalls in der Florentinischen Ausgabe der Pandecten, sondern auch in den Basilicis *L.* 36. *de noxal.*

noxal. act. und beym Theophilus in Paraphrasi Institut. ad §. 6. *I. de action.* vor, anderentheils giebt es ja mehrere Klagen in dem römischen Rechtskörper, die nicht richtig von dem Namen ihrer Urheber abgeleitet sind. Sehr richtig urtheilt über diesen Streit Herrmann Vultejus in s. Commentar. ad Institut. Iustinian ad §. 6. *I. de action. Nr.* 3. wenn er sagt: Et certe veteres Iureconsultos etiam de derivationibus Grammaticis non admodum sollicitos Paulianam eam appellasse mihi verisimile sit ex eo, quod reliquae actiones a praetore denominatae eandem haberent terminationem, puta Publiciana, Calvisiana, Serviana; nihil tamen interest, sive hoc, sive illo modo eam voces, modo de re ipsa, cuius tamen obscuritas confusas peperit disputationes, constet. Sonst wird diese Klage auch noch nach der Analogie der prätorischen Klagen überhaupt ACTIO IN FACTUM in den Gesetzen genannt. *L.* 14. *D. quae in fraud. Creditor.*

13) ad §. 6. *I. de action.*

14) Schon in dem bekannten LEX AELIA SENTIA suchte man den böslichen Unternehmungen der Schuldner dadurch Schranken zu setzen, daß die Manumissiones in fraudem Creditorum verbothen wurden. Allein die Verordnung dieses Gesetzes war viel zu speciell, als daß sie die Gläubiger gänzlich hätte decken können, und daher mußte der Prätor natürlich darauf bedacht seyn, die Gläubiger besser zu unterstützen, welches denn auch durch die Paulianische Klage geschahe.

15) CUIACIUS in Recitat. ad Codic. Tit. *de revocand. his quae in fraud. Creditor. alienant. Gust. Bernh.* BECMANN de debitore obaerato in praeiudicium creditorum non adquirente. *Goett.* 1774. §. *V. not. b. Conrad Sigismund* HAENLEIN de actionis Paulianae natura requisitis et usu forensi nova disquis. *Onoldi* 1785. §. *VIII. not.* 9.

16) in Commentar. ad Institut. ad §. 6. *I. de action.*

17) *Gottl. Euseb.* OELTZE D. de creditore sibi vigilante §. X. *Ioh. Iust.* RAABE in D. de dupl. act. Paulliana §. 2.

§. 87.

Genus der Paulianischen Klage, und Streit darüber.

Es ist nothwendig, mich über die Paulianische Klage, die der Zankapfel der Rechtsgelehrten, seit der Einführung des römischen Rechts in Deutschland, bis auf die heutigen Zeiten, gewesen ist, deren Natur und Eigenschaften, weitläuftig zu verbreiten. Zuvörderst will ich über das Genus derselben meine Betrachtungen anstellen.

Was das Genus der Paulianischen Klage anbetrifft, so ist es unter den Rechtsgelehrten sehr streitig, ob die Paulianische Klage zu den dinglichen, oder nur blos persönlichen Klagen gerechnet werden müsse. Perez [18]), Schilter [19]) und Lauterbach [20]) zählen die Paulianische Klage zu den dinglichen, obgleich sie nicht in Abrede seyn können, daß sie in mancher Rücksicht sehr den Personal-Klagen ähnliche, dagegen Arnold Vinnius [21]), Ulricus Huber [22]), Walch [23]), Conrad Sigismund Hänlein [24]) und a. m. sie nothwendig zu den persönlichen Klagen gerechnet wissen wollen. Andere Rechtslehrer haben diese so verschiedene Meinungen dadurch zu vereinbaren gesucht, daß sie die Paulianische Klage bald zu den persönlichen, bald zu den dinglichen Klagen rechnen, obgleich sie mit dieser Modification wiederum verschiedene Begriffe verbinden. So hält Gmelin [25]) diese Klage für persönlich, wenn der Schuldner einem anderen eine Verbindlichkeit nachgelassen hat, dinglich hingegen, wenn er eine Sache von seinem Vermögen veräußert hat. Dahingegen Menken [26]) sie für persönlich hält, so oft als der Schuldner ein persönliches, dinglich, so oft er ein dingliches Recht veräußert hat. Andere Rechtslehrer verbinden damit noch andere Begriffe [27]).

Von allen weicht Kneusel [28]) ab, und behauptet, daß die Paulianische Klage so wenig den persönlichen als ding-

dinglichen Klagen beygezählet werden könne, weil sie so wenig aus einem persönlichen, als dinglichen Recht entspringe, sondern ohne alle Darzwischenkunft irgend einer Verbindlichkeit, unmittelbar aus der Verordnung der Gesetze ihre Entstehung habe — ein Einfall, der gar nicht zur Sache paßt, und wenige Bekanntschaft mit dem Grund der Klagen-Eintheilung in persönliche, und dingliche verräth.

18) in praelection. ad codic. Tit. *de revocand. his quae in fraud. creditor.* §. 2.

19) in praxi Iur. Romani *Ex.* 46. §. 57.

20) in Collegio theoret. pract. *ad titul. quae in fraud. Creditor.* §. 5. imgl. *ad titul. de Obligat. et actionib.* §. 39.

21) in Commentar. ad Institut. *ad* §. 6. *I. de action.*

22) in praelectionib. Iur. Civilis *T.* 1. *ad* §. 6. *I. de action.*

23) in not. ad HOPPII Comment. ad Institut. *Tit. de action.* §. 6.

24) in D. de actionis Paulianae natura requisitis et usu forensi. *Onoldi* 1785. §. *XI.*

25) in der Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 14.

26) in D. de actione Pauliana §. *IV.* in seinen Opusculis *nr.* X.

27) Vergleiche *Iust. Henning* BOEHMER in doctrina de actionib. *Sect. II. c.* 2. §. 27. RAABE de duplici actione Pauliana §. 3. OELTZE de credit. sibi vigilante §. 11. *Dan.* NETTELBLADT Syst. element. Iurisprudent. posit. Germanor. commun. gener. §. 817. *Samuel* DE COCCEII in Iure controvers. ad tit. Digest. *quae in fraud. Credit. qu. e.*

28) in D. de act. Pauliana §. 3.

§. 88.

§. 88.

Grund dieses Streits — §. 6. I. de action.

Der eigentliche Grund des Streits über das Genus der Paulianischen Klage liegt in dem §. 6. *I. de action.* Ich will die Worte dieses Gesetzes zuvörderst hersetzen, dann die verschiedenen Meinungen der Rechtslehrer, über den Sinn desselben vortragen, und mein eigenes Urtheil am Ende hinzufügen. Item (heißt es daselbst) si quis in fraudem Creditorum rem suam alicui tradiderit, *bonis eius a creditoribus possessis, ex sententia praesidis*, permittitur ipsis creditoribus, *rescissa traditione eam rem petere, id est, dicere, eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse.*

§. 89.

Verschiedene Meinungen der Rechtslehrer über den wahren Sinn dieses Gesetzes.

a) Gemeine Meinung.

Die gemeine Meinung der Rechtslehrer [29]) ist, daß in diesem Text der Institutionen von der Paulianischen Klage die Rede sey, indem 1) die hier von Justinian beschriebene — denn bestimmte kann sie wol nicht genannt werden, Klage, mit der Paulianischen Klage in den mehresten Puncten übereinkomme, und 2) Theophilus selbst in seiner griechischen Paraphrase über die Institutionen diesen Text von der Paulianischen Klage erkläre, welcher doch von dem wahren Sinn dieses Gesetzes die beste Nachricht haben können. Die Rechtslehrer, welche nun diesen Text der Institutionen von der Paulianischen Klage verstehen, nehmen größtentheils daher ihre Gründe, um sie für eine dingliche Klage auszugeben, indem sie 1) selbst von dem Kaiser Justinian ihren Platz unter den dinglichen Klagen angewiesen erhalten habe. Denn nachdem Justinian zuvor die bürgerlichen Klagen kurz aufgeführt hatte, so geht er nunmehr in dem §. 3. zu den prätorischen Klagen über, und

ſtellt ſolche folgendergeſtalt vor. Aliae autem ſunt quas praetor ex ſua Iurisdictione comparatas habet, tam *in rem*, quam *in perſonam*. Hierauf zählt er erſtens die dinglichen prätoriſchen Klagen auf, und rechnet dahin die actio reſciſſoria uſucapionis, dieſe Klage, welche der Gegenſtand des Streits iſt und die hypothekariſche Klage. Darnach geht er zu den prätoriſchen Perſonal-Klagen im §. 8. in folgenden Worten über: In perſonam quoque actiones ex ſua iurisdictione propoſitas habet praetor ꝛc. ſ. f. Ferner 2) heiße es auch von dieſer Klage illa rem *peti*, welcher Ausdruck aber nach *L.* 178. *§.* 2. *D. de V. S.* und *L.* 25. *D. de obligat. et action.* blos von dinglichen Klagen gebraucht werde. Anton Faber [30]), der ebenfalls in dem *§.* 6. *I. de act.* die Paulianiſche Klage zu finden glaubt, gleichwol aber die Vorſtellungsart in dieſem Geſetz, nicht mit den Criterien der Paulianiſchen Klage zu reimen weiß, ſchiebt alles auf die Verwirrung in dem Kopfe des Tribonians, und bezüchtigt denſelben eines gedoppelten hier begangenen Irrthums. —

29) SCHNEIDEWIN in Commentar. ad Inſtitut. ad §. 6. *I. de action.* *Udalric.* ZASIUS in Enarrationib. in Tit. Inſtit. de actionib. *ad* §. 6. *I. de actionib.* *Conrad* RITTERSHUS in commentar. ad Inſtitut. ad §. 6. *I. de action.* GIPHANIUS in comment. ad Inſt. *ad* §. 6. *I. de action.* *Equin.* BORO comm. ad Inſtitut. tit. *de action.* §. 6. *Fr.* BALDUIN Comm. ad Inſtit. *tit. eod. §.* 6. *Nicaſ.* DE VOERDA Enarrat. in Libr. Inſt. *p.* 324. *Georg.* FRANTZKIUS Exercit. Iur. *XV. qu. IV.* et comment. ad Inſtit. *tit. de action.* §. 6. *nr.* 5. u. a. m.

30) *Libr.* XX. Coniecturar. *Cap.* 16.

§. 90.

b) Beſondere Meinungen einiger Rechtslehrer, Hugo Donell, Frick, Hänlein.

Von der in dem vorigen Paragraphen vorgetragenen gemeinen Meinung, weichen andere Rechtslehrer gänz-

gänzlich ab, und vertheidigen, daß in jenem Text nicht von der Paulianischen, sondern von einer ganz anderen, von der Paulianischen Klage durchaus verschiedenen Klage die Rede sey. Von diesen verdient zuerst Hugo Donell [31]) genannt zu werden, welcher glaubt, daß die im §. 6. *I. de action.* vom Justinian erwähnte Klage, eine Art von Pfand-Klage sey, und sich die Sache so vorstellt: Wenn die Gläubiger von dem Prätor in die Güter, oder gewisse Sachen eines Schuldners waren immittirt worden, so brachte solche Immission für sie ein prätorisches Pfandrecht zu wege. Verlohren sie nun den Besitz, so war es streitig, ob sie zur Wiedererlangung desselben bey diesem prätorischen Pfandrecht sich eben der Klage zu erfreuen hatten, welche ihnen alsdann zustand, wenn sie den Besitz einer ihnen, vermöge eines conventionellen Pfandrechts, eingeräumten Sache verlohren hatten. Diesen Streit entschied Justinian in dem *L.* 2. *C. de praetor. pignor.* einer seiner 50 Decisionen, die dem codex repetitae praelectionis inserirt wurden, und verstattete auch den prätorischen Pfand-Gläubigern die Klage, welche aus dem conventionellen Pfandrecht entspringt. Aus dieser Justinianeischen Entscheidung schließt Hugo Donell, daß schon ehedem eine das prätorische Pfandrecht besonders betreffende dingliche Klage vorhanden gewesen sey, und diese hält er für diejenige, deren Justinian in dem §. 6. *I. de act.* Erwähnung thut, und sie zu den dinglichen Klagen rechnet. Er glaubt nemlich, daß auch schon nach dem älteren römischen Recht den Gläubigern, welche in des Schuldners Vermögen waren immittirt worden, und daran ein prätorisches Pfandrecht erhalten hatten, wenn sie den Besitz verlohren, zur Verfolgung ihres Pfandrechts eine dingliche Klage zugestanden worden, welche ihnen aber blos in dem Fall zugekommen wäre, wenn sie ohne ihre Schuld den Besitz der verpfändeten Sache verlohren. Dieser Klage erwähne Justi-

stinian im §. 6. *I. de act.*, und der Rechtsstreit, welchen er in dem *L.* 2. *C. de praetor. pignor.* entschieden, betreffe blos nur den Fall: ob auch den Gläubigern diese Klage alsdann verstattet werden könne, wenn sie durch ihre Schuld den Besitz der Sache, worin sie waren immittirt worden, verlohren hatten, und diesen Punct habe Justinian bejahend entschieden.

Ganz anderer Meinung wie Hugo Donell, ist Albert Philipp Frick [32]) über den Sinn des §. 6. *I. de actionib.*, der ebenfalls leugnet, daß darin von der Paulianischen Klage die Rede sey, sondern vielmehr die darin beschriebene Klage für eine eigene von Justinian erfundene Klage zum Besten der Gläubiger ausgiebt. Ueber die Entstehung, und den Gehalt dieser Klage raisonnirt er folgendergestalt. Justinian habe den Gläubigern, welche in die Güter des Schuldners waren immittirt worden, und daran ein prätorisches Pfandrecht erhalten hatten, insbesondere noch durch eine dingliche Klage auf dem Fall begünstigen wollen, wenn sie diesen Besitz durch eine bösartige Veräußerung des Schuldners verlohren hatten, indem die aus dem prätorischen Pfandrecht entspringende Klage, nur blos den Fall zum Gegenstande gehabt hätte, wo sich dieser Verlust auf einer anderen Art ereignet habe. Dies sey nun diejenige Klage, welcher Justinian in dem §. 6. *I. de actionib.* erwähne.

Einer ganz neuen Vorstellungsart, von der in dem §. 6. *I. de action.* enthalten seyn sollenden Klage, bedient sich Conrad Sigismund Hänlein [33]), der ebenfalls wie Hugo Donell und Frick nicht zugeben will, daß darin von der Paulianischen Klage die Rede sey. Sie ist diese: Justinian habe zwar durch die in dem *L.* 2. *C. de praet. pignor.* den Gläubigern, welche durch die Immission in die Güter des Schuldners ein prätorisches Pfandrecht erhalten hatten, zur Verfolgung desselben, wenn sie den Besitz, es sey auf welche Art es

wol-

wolle, verlohren, die actio hypothecaria utilis verstattet, allein bald eingesehen, daß diese Klage nicht hinreichend sey, um die Gläubiger gegen das Unternehmen eines bösartigen Schuldners auf alle Fälle zu sichern. Besonders habe es ihm sehr unbillig geschienen, daß die Gläubiger des schweren Beweises ausgesetzt seyn sollten, der überhaupt bey der Pfand-Klage geführt werden muß, wenn diese gegen einen dritten Besitzer der verpfändeten Sache angestellt werden soll, zumal alsdann, wenn der Schuldner etwas von denjenigen Sachen, worin sie waren immittirt worden, in der Absicht, um sie zu betrügen, veräußert hatte. Eben so unbillig sey es ihm vorgekommen, daß die Gläubiger bey einer solchen betrüglichen Veräußerung des Schuldners, die von dem Acquirenten unterdeß percipirten Früchte verliehren sollten, welche bekanntlich nicht mit der hypothekarischen Klage gefordert werden können. Es habe daher Justinian, oder vielmehr Tribonian, den Gläubigern nicht nur eine in Ansehung des Beweises leichtere, sondern auch im Ganzen vortheilhaftere Klage verstatten wollen, und dies sey in dem §. 6. *I. de action.* geschehen. Hänlein giebt dieser nach seiner Vorstellungsart vom Justinian, und zwar in dem §. 6. *I. de action.* eingeführten neuen Klage den Nahmen ACTIO RESCISSORIA ALIENATIONIS, und will sie in Rücksicht auf ihre Wirkung bey den Römern, nach den Grundsätzen der actio rescissoria usucapionis beurtheilet wissen, spricht ihr jedoch heutiges Tages allen practischen Gebrauch ab, weil dergleichen Vermögens-Verringerungen, die der Schuldner nach entstandenem Concurse unternommen hat, bey uns ipso iure null, und nichtig sind [34])

31) in Commentar. Iuris civil. *Libr. VI. Cap.* 5.

32) in L. S. de revocandis tam rebus alienatis, quam nummis solutis imminente, aut moto concursus iudicio. §. 6.

33) de actionis Paulianae natura requisitis et usu forensi nova disquisitio. *Onoldi* 1785. *§. VI.*

34) Der gelehrte Herr Geheim-Justiz-Rath Walch behauptet zwar ebenfalls in seinen Anmerkungen zu HOPPII Comm. succ. ad Instit. tit. *de action. §.* 6. daß die Klage, welcher Justinian in dem *§.* 6. *I. de action.* gedenkt, nicht die Paulianische, sondern eine ganz andere Klage sey, und läßt sich darüber bey Widerlegung derjenigen, die vermöge dieses Textes die Paulianische Klage, durchaus zu einer dinglichen machen wollen, folgendergestalt aus. Accedit dein praeter actionem Paulianam aliam dari, qua utiliter a creditoribus ea vindicantur, quae debitor communis post motum, uti nostrates loquuntur concursum, vel postquam creditores in bona sunt missi, alienavit. Sedes huius actionis est in *L. D. quibus caussis in possess. eatur. L. fin. D. de pignor. praetor. L.* 26. *D. de contrah. emt. vendit. ac L.* 35. *D. de obligat.* quumque fundamentum illius re vera quaerendum est in pignore praetorio, rationem profecto habuit Imperator, cur hoc loco actionis istius meminerit, sive illa ab ipso praetore inventa, sive a Iustiniano demum *L. fin. C. de pignor. praet.* introducta. Allein er scheint seine Meinung nach der neuesten Ausgabe seiner vortrefflichen Introductio in controvers. Iur. Civil. *Sect. IV. C. I. §. IV.* wieder geändert zu haben, indem hier der Text *§.* 6. *I. de act.* von der Paulianischen Klage verstanden wird.

§. 91.

Prüfung dieser verschiedenen Meinungen, und Resultat.

Prüft man diese verschiedenen Meinungen über den Sinn des *§.* 6. *I. de action.* so zeigt sich allenthalben der Vorzug der gemeinen Meinung, welche in diesem Text der Institutionen vor dem Kaiser Justinian die Paulianische Klage angedeutet zu finden glaubt. Denn was 1) die Behauptung des Hugo Donells anbetrifft, so fällt es, so spitzfindig sie auch ausgedacht ist, beym ersten Anblick sogleich in die Augen, wie sehr es derselben an einem richtigen Grunde mangelt. Denn so ergiebt es sich 1) aus den deutlichen Worten des Textes

selbst, daß darin nicht von jedem Fall die Rede ist, wo die Gläubiger ohne ihr Verschulden den Besitz der Sache verloren haben, welche der Gegenstand ihres prätorischen Pfandrechts war, sondern blos von dem Fall, wo die Gläubiger desselben dadurch verlustig geworden sind, daß der Schuldner die Sache in der Absicht, um sie zu betrügen, veräußert und einem andern übergeben hat. Die Worte des Gesetzes — si quis IN FRAUDEM CREDITORUM rem suam alicvi tradiderit, bonis eius a creditoribus possessis ex sententia praesidis — ergeben dies mehr denn zu deutlich. Dazu kommt 2) daß wenn man dem Hugo Donell beypflichten wollte, man schlechterdings eine Verwirrung in der Chronologie der Gesetze anrichten müßte. Denn so setzt seine Behauptung voraus, daß schon vor dem Justinian eine aus dem prätorischen Pfandrecht entspringende, und vom Prätor selbst eingeführte Klage vorhanden gewesen, diese aber nur den Gläubigern in dem Fall zugestanden worden, wenn sie ohne ihr Verschulden den Besitz der ihrem prätorischen Pfandrecht unterworfenen Sachen verlohren hatten, und Justinian durch seine Verordnung in dem *L.* 2. *C. de praet. pignor.* das ältere Recht suppliren und ergänzen wollen. Nun ist es aber bekannt, daß die 50 Decisionen des Justinians, wovon die in dem gedachten Gesetz eine ist, größtentheils den Institutionen einverleibet worden, und Tribonian und seine Mitarbeiter vorzüglich dabey auf die Verbesserung und Ergänzung des älteren Rechts Rücksicht genommen haben. Ist es daher wol glaublich, daß Justinian, oder vielmehr Tribonian eine ältere längstens näher bestimmte Klage in den Institutionen aufgenommen haben sollten? Und wollte man auch annehmen, daß die Verfertiger der Institutionen bey den mancherley Quellen, deren sie sich bey ihrer Arbeit bedienten, leicht in einem solchen Irrthum verfallen, und eine ältere Klage, die nicht in den Pandecten enthalten ist, darin aufgenom-

men

men hätten, so kann doch solches nimmermehr diese Klage seyn, die Hugo Donell darin sucht, da der deutliche Inhalt des Textes dem völlig zuwider ist. So unrichtig sich nun auch die Behauptung des Hugo Donells, nach genauer Prüfung, darstellt, so ist doch nicht zu leugnen, daß sie immerhin die scharfsinnigste bleibt, und in dieser Eigenschaft die Behauptung von Frick, und Hänlein weit hinter sich zurückläßt, wie sich aus der nun folgenden Widerlegung derselben ergeben wird.

Was II) die Meinungen von Frick und Hänlein, über den Sinn des §. 6. *I. de actionib.* anbetrifft, so sind diese beym ersten Anblick so auffallend unrichtig, daß man ihnen auf keinerley Weise das Wort reden kann. Beyde stimmen darin mit einander überein, daß Justinian, oder vielmehr sein Canzler Tribonian in dem gedachten Text der Institutionen, den Gläubigern eine ganz neue Klage zur Revocation der von dem Schuldner böslicher Weise unternommenen Vermögens-Entäußerungen habe zugestehen wollen, und nur in Ansehung des Begriffs dieser Klage sind sie in ihren Meinungen verschieden, wie aus dem §. 90. des mehreren erhellt. Aber wie paßt diese Behauptung zu der Vorstellung des Kaisers Justinian selbst, die in den vorhergehenden Paragraphen dieses Tituls der Institutionen enthalten ist. Offenbar ist es, daß Justinian in diesem §. der Institutionen, weder eine neue Klage einführt, noch von einer von ihm selbst zuvor schon eingeführten Klage redet. Justinian handelt hier von prätorischen — blos prätorischen Klagen, nachdem er zuvor die Civil-Klagen kürzlich aufgeführt, und abgefertiget hatte. Er nennt ausdrücklich den Prätor, als den Urheber derjenigen Klage, welche er in dem §. 6. *I. de act.* beschreibt. Die Erklärung des Justinian zuvor, daß er nun auch von den prätorischen Klagen handeln wolle, das Verbindungs-Wort — Item, und die Fortsetzung, indem er gleich darauf der hypothekarischen Klage ebenfalls erwähnt,

zeigt solches mehr denn zu deutlich, und läßt gegen die Wahrheit dieser Behauptung nicht den mindesten Zweifel zurück. — Und gleichwol soll Justinian, der hier von einem Dritten — nemlich den Prätor, und von dessen eingeführten Rechtsmitteln spricht, und solche kurz aufführt, von einer von ihm selbst eingeführten Klage reden, oder gar eine neue vorher unbekannte einführen. Heißt das nicht Widersprüche mit Widersprüchen häufen — einen Sinn des Gesetzes mit Gewalt obtrudiren, und einer bloßen Relation, wie hier wirklich der Fall ist, die doch nach allen logischen Regeln, ohne dem Relato nichts bedeutet, Gesetzes-Kraft beylegen. Konnte der hier redende, und blos prätorische Rechtsmittel erzählende Flavius, wol je daran denken, daß seine Erzählung dereinst von den Rechtslehrern, als ein besonderes Gesetz werde angesehen, und daraus, eine von ihm zu Gunsten der Gläubiger eingeführte Klage, werde erzwungen werden? Gewiß nicht; vielmehr war er davon überzeugt, daß derjenige, der von der Natur und Eigenschaft dieser hier, seiner Absicht gemäß, nur kurz von ihm aufgeführten Klagen, weiter unterrichtet seyn wollte, sich an das ungeheure Corpus der Pandecten wagen, und sich hier Rath und licht erhohlen werde. Daß er dies wolle, und nicht, daß man aus seiner Erzählung die Natur, und Eigenschaft der von ihm erwähnten Klagen lernen solle, leuchtet mehr denn zu deutlich, theils aus dem Endzweck bey der Abfassung der Institutionen, theils aus seiner eigenen sehr häufigen Verweisung auf die Pandecten hervor. Selbst in dem unmittelbar diesem Paragraphen der Institutionen voraufgehenden §. 5. *I. de act.* kommt noch eine solche Verweisung auf die Pandecten vor. Er redet hier von der reseissorischen Klage, wodurch eine bereits vollendete Verjährung aufgehoben wird, und fügt nun hinzu: Quod genus actionis, quibusdam, et aliis simili aequitate

motus

motus Praetor accommodat, ſicut ex *latiore Digeſtorum ſeu Pandectarum volumine intelligere licet.* Juſtinian wollte in den Inſtitutionen kurz die Grundſätze des Rechts auseinanderſetzen, — ſeine Abſicht war, den Anfängern das Studium des Rechts zu erleichtern. Aeltere Rechtsgrundſätze ſollten kurz darin aufgeſtellt, und die Abänderungen und neueren Entſcheidungen bemerkt werden. Er ſagt ſelbſt von ſeinen Inſtitutionen: In quibus breviter expoſitum eſt, et quod antea obtinebat, et quod poſtea deſuetudine inumbratum, imperiali remedio illuminatum eſt [35]). Bey ſo auffallenden Wahrheiten läßt es ſich wol ſchwerlich behaupten, daß die Klage, welcher Juſtinian im *§. 6. I. de action.* Erwähnung thut, eine von ihm vorher eingeführte Klage, am allerwenigſten aber, daß es eine Klage ſey, welche eben in dieſem Text der Inſtitutionen neu von ihm eingeführt worden.

35) *proem. Inſtitut. §. 5.*

§. 92.

Fortſetzung und Reſultat.

Iſt nun die Klage, deren Juſtinian im *§. 6. Inſt. de action.* gedenkt, wie ich bewieſen zu haben glauben kann, keine von ihm ſelbſt vorher eingeführte, noch weniger aber in dieſem Text der Inſtitutionen erſt neu erfundene Klage; was iſt ſie denn für eine? — Gewiß keine andere, als eine ältere prätoriſche den Gläubigern verliehene Klage, deren Natur, und Eigenſchaft aus den Pandecten erlernet werden muß. Hier iſt ſie nur Beyſpielsweiſe angeführt, ohne alle Abänderung, ganz in ihrer urſprünglichen Beſchaffenheit; denn ſonſt würde dieſes von dem eigenliebigen Juſtinian, der ſo gerne mit ſeiner Legislation prahlte, gewiß bemerkt worden ſeyn. Aber welche prätoriſche Klage iſt denn hier vom Juſtinian gemeynet? Iſt es die Paulianiſche Klage, oder eine andere prätoriſche reſciſſoriſche Klage? Dies zu unterſuchen will ich mich gegenwärtig angelegen ſeyn laſſen.

§. 93.

Untersuchung: welche Klage vom Justinian in dem §. 6. Inst. de actionib. gemeynet sey.

Ohne allen Zweifel ist in dem §. 6. *Inst. de actionib.* von der Paulianischen Klage die Rede. Ich glaube diese Behauptung durch folgende Gründe hinlänglich unterstützen zu können. 1) Aus der Relation des Kaisers Justinians — ferner aus dessen Verweisung auf die Pandecten, welche kurz vorhergeht, ist es ersichtlich, daß die Klage, welche er hier beschreibt, in den Pandecten befindlich seyn müsse. Nun aber findet sich in den Pandecten keine andere Klage, als die Paulianische, welche mit der hier vom Kaiser Justinian entworfenen Darstellung auch nur irgend einigermaßen vereinbaret werden könnte. Daß Justinian mit seiner Beschreibung im §. 6. *I. de actionib.* auf eine ältere prätorische Klage, welche nicht in die Pandecten aufgenommen worden, hingezielet habe, läßt sich um deswillen gar nicht vermuthen, weil Justinian oder vielmehr Tribonian noch kurz zuvor denjenigen, welcher sich von der Eigenschaft, der, von ihm angeführten Klagen, näher unterrichten will, auf die Pandecten verweist, man also nichts natürlicher annehmen kann, als daß er bey seiner kurzen Angabe der Civil- und prätorischen Klagen in dem Titul der Institutionen de actionibus, genau auf die Pandecten Rücksicht genommen, und darin keine andere Klagen benannt habe, als welche wirklich in den Pandecten enthalten sind.

Aber, möchte man mir entgegensetzen, wie stimmen die Criterien der Paulianischen Klage mit dieser Relation des Justinians überein. Die Paulianische Klage hat, wie ich weiter unten zeigen werde, nicht gegen jeden Acquirenten, der von dem Schuldner in der Absicht, um seine Gläubiger zu hintergehen, veräußerten Sachen statt, und

gleich-

gleichwol spricht Justinian ganz allgemein davon, daß der Prätor den Gläubigern das Recht verliehen habe, die Veräußerung umzustoßen, und die Sache von dem Acquirenten zurückzufordern. Ferner setzt die Paulianische Klage, wie ebenfalls unten mit mehrerem gezeigt werden soll, voraus, daß solche Veräußerungen, welche mittelst derselben zurückgerufen werden sollen, vor entstandenem Concurse der Gläubiger geschehen sind, hier wird aber einer Veräußerung bereits nach entstandenem Concurse mit ausdrücklichen Worten gedacht, oder wie bey den Römern der Fall war, nachdem die Gläubiger in das schuldnerische Vermögen waren immittirt worden, und den Besitz desselben erhalten hatten. Anscheinende Gründe genug, die in dem §. 6. *I. de action.* vom Justinian beschriebene Klage — zwar nicht für eine neue, wol aber für eine andere ältere prätorische Klage, und nicht für die Paulianische zu halten! — Allein man bedenke nur, was den ersten Punct anbetrifft, daß jemand, der nur etwas beyspielsweise, oder ganz kurz anführt, wie hier vom Justinian geschieht, sich nicht erst bemühen wird, solches nach allen seinen Theilen, und den kleinsten Bestimmungen zu entwickeln, sondern es ihm hinreichend ist, wenn er es nur so darstellt, daß derjenige weiß, wohin er gezielt habe, welcher dadurch verständiget werden soll. Justinian wollte ja in dem Titul der Institutionen *de actionibus* die Klagen nicht in ihrem ganzen Umfange, und nach den einer jeden von ihnen zukommenden einzelnen Criterien entwickeln, sondern sie blos im allgemeinen kennbar machen, — und wie würde auch eine solche weitschweifige Entwickelung dem Zweck der Institutionen entsprochen haben? Es war also hinreichend, um die Paulianische Klage kennbar zu machen, wenn er sagte daß der Prätor den Gläubigern das Recht verliehen habe, die von dem Gemeinschuldner zu ihrem Nachtheil betrügli-

cher Weise unternommene Veräußerung umzustoßen, und die veräußerte Sache von dem Acquirenten zurückzufordern, und er brauchte nicht erst insbesondere die Erfordernisse dieser Klage in jedem einzelnen Fall, wo sie angestellt werden konnte, anzugeben, da dies seiner Absicht nach aus den Pandecten erlernet werden sollte. Was zweytens den Punct anbetrifft, daß hier in dem §. 6. *I. de actionib.* einer von dem Schuldner, nach entstandenem Concurse, oder nachdem, wie bey den Römern der Fall war, die Gläubiger in die Güter des Schuldners waren immittirt worden, unternommenen Veräußerung die Rede sey, so läßt sich diese anscheinende Schwierigkeit sehr bald heben, wenn man nur alle Umstände genau erwägt. Hatte gleich Justinian seinem Canzler Tribonian, und dessen Gehülfen es noch so stark eingeknüpft, in den Institutionen einen kurzen, genauen und kernhaften Auszug des Rechts zu liefern, so läßt sich doch keinesweges behaupten, daß sie diesen ihnen gemachten Auftrag ganz befolgt hätten. Die höchst unvollständige Angabe der übrigen, sowol Civil- als prätorischen Klagen, in dem Titul der Institutionen *de actionibus* ergeben dies mehr denn zu deutlich. Es bleibt allemal eine ausgemachte Sache, daß Tribonian nicht nur ein verwirrter Kopf war, sondern auch ein Mann, der mit den Grundsätzen des älteren römischen Rechts gewiß nicht in der genauesten Bekanntschaft stand. Wie leicht konnte es unter diesen Umständen geschehen, daß die Paulianische Klage als eine solche hier aufgestellet wurde, wodurch Veräußerungen des Gemeinschuldners, welche er nachher, da die Gläubiger bereits in seine Güter waren immittirt worden, unternommen hatte, umgestoßen werden könnten?

Doch ich will nicht, wie Anton Faber, den Tribonian eines gedoppelten Irrthums bezüchtigen, — ich will suchen, ob ich seine Vorstellungsart von der Paulianischen Klage im §. 6. *I. de action.* nicht rechtfertigen

gen kann? Sind's gleich bloße Vermuthungen, die ich hier darniederschreibe, bin ich denn darum mehr zu tadeln, als meine Vorgänger, die ebenfalls auch nur aus Vermuthungen, nicht aus klaren, jedem vor Augen liegenden Thatsachen, argumentirten? In dem Titul der Pandecten *quae in fraudem creditor.* kommt eine Stelle vor, die, wie ich glaube, dem Tribonian in die Augen gefallen ist, und wovon er die Beschreibung der Klage, welcher in dem *§.* 6. *I. de action.* gedacht wird, mit abstrahirt hat. Dies ist der *L.* 9. *D. quae in fraud. creditor.* worin folgender Fall vorgetragen wird: Titius kauft etwas von Sempronius, in dessen Güter die Gläubiger immittirt waren, und weiß, daß diese Veräußerung zum Nachtheil derselben gereicht; verkauft aber nachgehends die Sache wieder an einen andern, dem die Beschaffenheit der Sache ganz unbekannt ist. Hier wirft der Rechtsgelehrte **Paulus**, aus dessen Libr. ad Edictum das Gesetz genommen ist, die Frage auf, ob der zweyte Käufer, welcher in bona fide ist, deswegen belangt werden könne? Der Rechtsgelehrte läugnet sie, verstattet aber zugleich wider denjenigen die Klage, welcher die Sache mala fide gekauft hat, wenn er gleich nachgehends an einen andern, welcher aber in bona fide ist, sie wieder verkauft hatte. In diesem Gesetz wird offenbar eine Veräußerung vorausgesetzt, welche ein Schuldner, dessen Güter die Gläubiger schon vermöge der prätorischen Immission im Besitz genommen haben, veranstaltet hat, und diese Veräußerung wird an und für sich vollkommen gültig erklärt, so daß nicht einmal gegen denjenigen, welcher als Eigenthümer die Sache bona fide besitzt, eine Klage statt haben soll, — sondern derjenige nur, den empfangenen Kaufschilling wieder herauszugeben belangt werden könnte, welcher wider besseres Wissen und Gewissen die Sache an sich gebracht, und solche hernach wieder veräußert hat. Und daß gleichwol in dem Gesetz von der Paulianischen Kla-

ge, mit welcher nur derjenige Käufer, dem die betrügerischen Absichten des Schuldners bekannt sind, belangt wird, die Rede sey, giebt der Zusammenhang zwischen dem *L.* 7. *D. eod.* welches ebenfalls aus den Libr. ad Edict. des Paulus genommen ist, und dem angeführten Gesetz deutlich zu erkennen.

Aber stand denn nach dem römischen Recht die Paulianische Klage wirklich auch den Gläubigern zu, wenn der Schuldner, nachdem sie in seine Güter waren immittirt worden, etwas davon veräußert hatte? Entweder die ganze Frage in dem *L.* 9. *D. quae in fraud. Creditor.* ist corrupt vorgetragen, oder man muß solches annehmen, weil das Gesetz es mit dürren Worten besagt. Ersteres kann nicht seyn, denn sonst würde der Rechtsgelehrte die Frage sogleich verworfen, und sich nicht erst auf Entscheidungs-Gründe eingelassen haben. Man muß also letzteres annehmen. Aber wie paßt solches zu den oben gelehrten Grundsätzen? Ich will mich bemühen, dieses Phänomen zu erklären [36]).

Zweyerley läßt sich hier muthmaßen, um sich den *L.* 9. *D. quae in fraud. Creditor.* und die darin angenommene Grundsätze zu erklären. Erstens ist es bekannt, daß die Gläubiger durch die Immission nur an diejenigen Güter des Schuldners ein Pfandrecht erhielten, worin sie waren immittirt worden. Ueber dasjenige schuldnerische Vermögen, was die Immission nicht unter sich begriff, konnte der Schuldner noch frey schalten und walten, und wenn er mithin etwas davon veräußert hatte, so war diese Veräußerung zu Recht beständig. Wie! wenn etwa Paulus in dem Gesetz von einem solchen Fall redete, wo die Gläubiger in einen Theil des schuldnerischen Vermögens waren immittirt worden, und der Schuldner eine Sache veräußert hatte, die nicht die Immission unter sich begriff? Finden sich doch mehrere Stellen in den Pandecten, wo ein Rechtsfall nicht nach allen seinen einzelnen Umständen vorgestellt

stellt wird, und kann auch dies nicht hier der Fall seyn [37])?

Doch wir lassen diese erstere Muthmaßung, und gehen zu einer anderen über, die wenigstens eben so viel Wahrscheinlichkeit vor sich hat. Wie! wenn man annehmen wollte, daß die Paulianische Klage durch die Ausdehnung der Juristen, auch den Gläubigern verstattet worden, um die nach geschehener Immission von dem Schuldner, mit den unter dieser Immission begriffenen, seinen Vermögensstücken vorgenommene Veräußerungen zu revociren? Man möchte mir entgegensetzen, daß ja die Gläubiger derselben nicht bedürftig gewesen wären, indem sie ja mit der aus dem prätorischen Pfandrecht entspringenden hypothekarischen Klage, die Sache gegen jeden Besitzer hätten verfolgen, und von demselben abfordern können. Allein man bedenke nur, daß damals den prätorischen Pfandgläubigern die hypothekarische Klage noch durch kein Gesetz bestätiget war, sondern ihnen noch sehr streitig gemacht wurde, wie denn Justinian diesen Streit in dem *L.* 2. *C. de praet. pign.* allererst entschied, und den prätorischen Pfandgläubigern die hypothekarische Klage gesetzlich verlieh [38]).

36) Mettelbladt in der D. Paul. action. verum fundament. Object. etc. sist. *Rost.* 1739. §. 58. sucht, nebst andern Rechtslehrern, diesen Widerspruch dadurch zu heben, daß er die Worte des §. 6. *I. de act.* e *bonis* a ereditoribus *possessis* dahin erklärt, daß die Anstellung der Paulianischen Klage den Gläubigern erst nach der Immission verstattet worden, weil sie ja eher die ihnen zugefügte Läsion nicht in Erfahrung bringen können; allein dieser Erklärung widersprechen die dürren Worte des Gesetzes zu sehr, als daß man sie annehmen könnte.

37) Gmelin vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 17.

38) Diese meine Conjectur legt also keinesweges zum Grunde, daß die Paulianische Klage den Gläubigern nur erst in Ansehung derjenigen Veräußerungen des Schuldners zugestanden habe, welche derselbe, nachdem die Gläubiger bereits

bereits in seine Güter waren immittirt worden, unternommen hatte, wie MENCKEN ad Pandect. *Lib. XLII. T. VIII. §. 3. nr. 3.*, nebst anderen Rechtslehrern, irrig behauptet. Vergleiche auch *Arn.* VINNIUS in Comment. ad Institut. *L. IV. T. IV. §. 7.*

§. 94.

Fortsetzung.

Die Worte des *§. 6. I. de action.* — permittitur ipsis Creditoribus RESCISSA TRADITIONE EAM REM PETERE, id est, dicere eam rem traditam non esse et ob id in bonis debitoris mansisse — stimmen zu genau mit den Criterien der Paulianischen Klage überein, als daß man es verkennen könnte, daß hier von derselben die Rede ist. Die Worte RESCISSA TRADITIONE zeigen eine nach strengem Recht gültige Veräußerung an, und die Klage, wovon hier die Rede ist, eine Art der rescissorischen Klagen. Beydes stimmt mit den Grundsätzen der Paulianischen Klage überein. Die Paulianische Klage setzt immer eine an sich gültige Veräußerung voraus — eine Veräußerung, die der Schuldner unternahm, da er noch eine freye Disposition über sein Vermögen hatte. Sie ist, wie Herr Hofrath Glück [39]) ganz richtig bemerkt, eine Art der prätorischen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, gegen eine nach dem strengen Recht gültige Handlung des Schuldners. Man halte mit dieser Justinianeischen Darstellung im *§. 6. I. de action.* mal den *L. 10. §. 22. D. quae in fraud. Creditor.* zusammen, und man wird keinen Abstand in den Grundsätzen bemerken können. Praeterea (heißt es hier) generaliter sciendum est *ex hac actione* (nemlich der Paulianischen Klage, wovon hier die Rede ist) *restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes, ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset.*

Zu allen diesen kommt noch das Zeugniß des Theophilus hinzu, welcher in seiner griechischen Paraphra-

phraſe der Inſtitutionen zum §. 6. I. *de action.* das Rechtsmittel, deſſen Juſtinian hier gedenkt, für eine prätoriſche Klage ausgiebt, und von ihr ſagt: ἥτις λέγεται Παυλίανη· ἐν ᾗ λέγουσι ταῦτα, ὡσανεὶ μὴ ἐτραδιτεύθη τόδε τὸ πρᾶγμα ὑπὸ τοῦ δεβίτωρος [40]), mithin dieſen Text der Inſtitutionen dahin erklärt, daß darin von der Paulianiſchen Klage die Rede ſey. Aus allen Umſtänden iſt es klar, daß wenn auch dieſer Theophilus nicht ſelbſt, wie doch höchſt wahrſcheinlich iſt [41]), Mitverfertiger der Inſtitutionen geweſen, er doch zu Juſtinians Zeiten gelebt habe, indem er den Kaiſer Juſtinian noſtrum Imperatorem oder Dominum, und ſeine Gemahlin, die Theodora, religioſiſſimam noſtram dominam nennt, mithin die beſte Kenntniß von dem wahren Sinn dieſes Textes der Inſtitutionen haben konnte. Und finden ſich gleich in dieſer Paraphraſe des Theophilus hin und wieder Unrichtigkeiten, welche aus der Art und Weiſe, wie ſie uns bekannt geworden iſt, entſtanden ſind [42]), ſo bleibt ſie doch immerhin ein gutes Hülfsmittel zur Erläuterung des lateiniſchen Textes der Inſtitutionen, wird als ein ſolches von den angeſehenſten Rechtslehrern empfohlen [43]), und kann darum nicht allgemein als verdächtig angeſehen werden, am wenigſten hier, wo die Richtigkeit der Erklärung des Theophilus ſo ſehr durch andere Gründe unterſtützt werden kann.

39) in der trefflichen D. de vita petendae reſtitutionis in integrum praetoriae §. 3. in ſeinen Opuſc. Iur. Civil. *Faſc. II. p.* 288. Vergleiche auch *Ernſt Chriſt.* WESTPHAL *progr.* de duplici actione reſtitutoria, omnibus fere in integrum reſtitutionibus praetoriis communi. *Hal.* 1770 und 1778.

40) Vergleiche die Ausgabe dieſer Paraphraſe des Theophilus von Wilh. Otto Reitz. Haag 1751. 2. Th. *p.* 794.

41) Siehe *Io. Henr.* MYLII Theophilus ſ. de graecarum iuris Inſtitutionum, earundemque auctoris hiſtoria, aetate, auctorita-

ritate, satis, dotibus, naevis. Lib. sing. *Lipſ.* 1731. *Lugd. Batav.* 1733. und in der Reitzischen Ausgabe des Theophilus *T.* 2. *p.* 1033. imgleichen *Ioh. Gottfr.* SAMMET Conjecturae de Theophili vita, et Ερμηνεια Institutionum. *Lipſ.* 1750. und in seinen Opuscul. *Nr. VIII. p.* 213. folg.

42) Sehr gründlich hat Wilhelm Otto Reitz in der Vorrede zu seiner Ausgabe der Paraphrase §. 46. *p.* 27. erwiesen, daß diese Paraphrase aus den Dictaten des Theophilus über die Institutionen des Justinian erwachsen ist, die Irrthümer also, die darin vorkommen, nicht dem Theophilus, sondern seinen Zuhörern Schuld gegeben werden müssen, da er wahrscheinlich nicht daran gedacht hat, daß solche dereinst öffentlich bekannt werden sollten.

43) ECCARD hermenevt. Iuris der vom H. G. J. R. Walch besorgten Ausgabe *L.* 1. *C. VII.* §. 294.

§. 95.

Wird bewiesen, daß die Paulianische Klage eine Personal-Klage ist.

Ich glaube hinlänglich erwiesen zu haben, daß in dem §. 6. *I. de actionib.* wirklich von der Paulianischen Klage die Rede sey, aber darum bin ich doch weit davon entfernt, sie für eine dingliche Klage zu halten. Diese Behauptung scheint widersinnig zu seyn, da ihr doch offenbar in diesem Text der Institutionen vom Justinian, oder Tribonian ihr Platz unter den dinglichen prätorischen Klagen angewiesen wird. Allein kann dieser Irrthum des Tribonians, der ohne allen Zweifel daher rührt, weil die Paulianische Klage mit der actio rescissoria usucapionis, wovon in dem vorhergehenden Paragraphen die Rede ist, in Ansehung der Wirkung im Ganzen völlig übereinkommt, eine ihrer Natur nach nicht dingliche Klage zu einer dinglichen machen? Ich glaube nicht; und eben so wenig, daß das Wort *peto*, welches in dem Gesetze vorkommt, etwas für die Dinglichkeit der Paulianischen Klage beweisen könne. Das Genus derselben muß vielmehr aus den Bestimmungen

erler-

erlernet werden, welche sie in den Pandecten erhält. Herauf verweist ja Justinian. Seine Worte im §. 6. I. *de action.* sind bloße Relation, und diese kann ohne dem Relatum, welches hier die Pandecten sind, nichts beweisen. Folgbar muß das Genus der Paulianischen Klage in den Pandecten aufgesucht werden, und daß diese gegen die Dinglichkeit der Paulianischen Klage stimmen, will ich nunmehr zu beweisen suchen.

§. 96.

Fortsetzung.

Die Paulianische Klage ist, wie ich oben gezeigt habe, eine actio restitutoria, oder eine Gattung der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [44]). Dies vorausgesetzt scheint mir nichts richtiger zu seyn, als daß die Frage von dem Genus dieser Klage einestheils daher entschieden werden müsse: in wie ferne das prätorische Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt zu den dinglichen oder persönlichen Rechtsmitteln, anderentheils daher, zu welcher Gattung von Rechtsmitteln sie nach dem Pandecten-Recht entweder ausdrücklich, oder nach den ihr daselbst beygelegten individuellen Bestimmungen, gerechnet werden kann.

So sehr auch unter den Rechtslehrern darüber gestritten wird: ob das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, für ein persönliches, oder dingliches Rechtsmittel gehalten werden müsse, und so mancherley ganz von einander abstimmige Meinungen darüber bey ihnen angetroffen werden, indem einige dasselbe für ein bloßes persönliches, andere für ein dingliches halten, und andere endlich es sogar zu den gemischten Rechtsmitteln rechnen; so scheint mir doch die Distinction die beste Auskunft zu geben, welche Herr Hofrath Glück [45]), zur Entscheidung dieses Streits vorschlägt, und nach welcher er das Wort dingliches, und persönliches Rechtsmittel in einer dreyfachen Bedeutung nimmt.

nimmt. 1) In Rücksicht auf das Subject. In dieser Rücksicht nennt er dasjenige Rechtsmittel ein dingliches, was nicht nur derjenige, dem es eigentlich oder directe ist verliehen worden, sondern auch ein Dritter z. B. Erbe, Bürge etc. sich bedienen kann. Ein persönliches hingegen, welches der Person, der es directe verliehen worden, dergestalt inhärirt, daß es niemand anders zuständig werden kann. 2) In Rücksicht auf das Object. Hier ist nach seinen Lehrsätzen dasjenige Rechtsmittel ein dingliches, dessen man sich gegen jeden dritten Besitzer, ein persönliches hingegen, dessen man sich nur gegen diejenige Person, welche einem verbindlich ist, bedienen kann. 3) In Rücksicht auf das Fundament. In dieser Rücksicht ist, wie Herr Hofrath Glück behauptet, dasjenige Rechtsmittel ein dingliches, welches aus einem dinglichen, und dasjenige ein persönliches, was aus einem bloßen persönlichen Recht entspringt.

Wendet man diese Theorie auf das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand an, so kann dasselbe nach diesen verschiedenen Gesichtspuncten, bald zu den persönlichen, bald zu den dinglichen Rechtsmitteln gerechnet werden. Uns genügt es, diese Theorie insbesondere auf den Gegenstand dieser Abhandlung — auf die Paulianische Klage anzuwenden.

In Rücksicht 1) auf das Subject kann die Paulianische Klage nach der Analogie des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt, zu den dinglichen Rechtsmitteln gerechnet werden, indem es nicht nothwendig den Gläubigern und so inhärirt, daß es auch nicht von einem Dritten gebraucht und an selbigen überlassen werden könnte, so wie es schon nach unmittelbarer Verordnung der Gesetze auch den Erben der Gläubiger zuständig ist [46]). Dahingegen 2) sowol in Rücksicht auf das Object, als das Fundament, muß

die

die Paulianische Klage zu den blos persönlichen Rechtsmitteln gerechnet werden.

Sehen wir nemlich a) bey der Paulianischen Klage auf das Object, so kann selbige nicht gegen jeden dritten Besitzer, der von dem Schuldner zum Nachtheil seiner Gläubiger in der böslichen Absicht, sie zu betrügen, veräußerten Sache angestellet werden, sondern, wie ich hernach weitläuftiger zeigen werde, blos gegen denjenigen, welcher die Sache titulo oneroso erhalten hat, sich aber in mala fide dabey befindet, imgleichen gegen denjenigen, der titulo lucrativo die Sache erworben hat. Zu diesen an sich so klaren Grundsätzen kommt noch das Zeugniß des Rechtsgelehrten Paulus im *L.* 38. *D. de usuris* hinzu, welcher in dieser Hinsicht die Paulianische Klage ausdrücklich zu den persönlichen Klagen rechnet. Der Rechtsgelehrte untersucht in diesem Gesetz, in wie ferne mittelst der Personal-Klagen auch die Früchte gefordert werden können, und bey dieser Gelegenheit, wo er die Personal-Klagen durchgeht, rechnet er auch nebst der Favianischen die Paulianische Klage hieher, in dem §. 4. des Gesetzes, in den Worten: In FAVIANA quoque actione, et PAULIANA, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus restituuntur.

Nehmen wir b) bey der Paulianischen Klage auf das Fundament Rücksicht, so ergiebt es sich auch hier sogleich mehr denn zu deutlich, daß selbige nicht zu den dinglichen Klagen gerechnet werden kann, sondern schlechthin zu den persönlichen gerechnet werden muß. Denn soll eine Klage in Hinsicht auf ihr Fundament dinglich seyn, so muß sie entweder aus einem Eigenthums- oder anderen dinglichen Recht entspringen, oder es muß ihr wenigstens die Eigenschaft der dinglichen Klagen von einem Gesetz ausdrücklich beygelegt werden. Keines von allen aber ist bey der Paulianischen Klage der

Fall. Daß sie nicht aus einem dinglichen Recht entspringt, leuchtet aus dem hervor, was ich hernach von dem Grund der Paulianischen Klage sagen werde, und, daß kein Gesetz vorhanden sey, worin ihr die Natur der dinglichen Klagen beygelegt worden, ist bekannt. Der §. 6. *I. de action.* wird wol nach allen gesunden Begriffen nicht dahin gezogen werden können?

44) Das Gegentheil behauptet zwar Hänlein a. a. O. §. 20. *not. z.* allein ihn hat sehr gründlich widerlegt Herr Hofrath Glück in der D. de vita petendae restitut. in integr. praetor. §. 3. *not.* 32. Ohne allen Zweifel ist dies auch wol der Grund, warum sie Justinian in dem §. 6. *I. de actionib.* auf die rescissorische Klage folgen läßt.

45) a. a. O. §. 4.

46) *L.* 10. §. *ult. D. quae in fr. credit.* Ein Gläubiger, der Erbe des betrügerischen Schuldners geworden ist, kann sich nach *L.* 4. *C. de revocand. his quae in fraud. credit.* der Paulianischen Klage nicht bedienen.

§. 97.

Begriff, und Grund der Paulianischen Klage.

So weit von dem Genus der Paulianischen Klage; jetzt kommen wir zu dem Begriff und Grund derselben. Was zuvörderst den Begriff dieser Klage anbetrifft, so wird sie von den Rechtslehrern so verschieden definirt, als sich einer von ihnen besondere Vorstellungen von ihr gebildet hat [47]). Erwägt man alle Umstände hinlänglich, so ergiebt sich von dieser Klage im allgemeinen folgender Begriff. Die Paulianische Klage ist eine prätorische restitutorische Klage, vermöge welcher die Gläubiger in gewissen Fällen, die von dem Gemeinschuldner vor entstandenem Concurse böslicher Weise unternommene Verringerung seines Vermögens umstoßen, und dasjenige, was mittelst dieser Handlung

des

des Schuldners auf jemanden gekommen ist, zurückfordern können. Anlangend den wahren Grund dieser Klage, so beruht derselbe auf einer bloßen Billigkeit [48]), so wie alle prätorische Wiedereinsetzungen in den vorigen Stand, damit die ohne ihr Verschulden lädirten Gläubiger nicht mehr den Nachtheil empfinden möchten, welchen sie nach dem strengen Recht erleiden mußten. Uebrigens liegt bey der Einführung dieses Rechtsmittels, wie einige Rechtslehrer glauben, keine prätorische Fiction zum Grunde [49]), — sondern blos eine Erklärung und Drehung der Grundsätze des alten strengen Rechts, und eine billige Abänderung desselben, zu Gunsten der Gläubiger, damit diese nicht durch die Betrügereyen des Schuldners gefährdet werden möchten, ist alles was man hier zu suchen hat: denn auch dieses wird in den Gesetzen als ein rechtmäßiger Grund angegeben, um jemanden des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand theilhaftig zu machen. Nec intra, (sagt der Rechtsgelehrte Marcellus im *L. 7. D. de in integr. restitut.*, nachdem er zuvor von der restitutio ob absentiam etc. gesprochen hatte) has solum species consistet HUIUS GENERIS AUXILIUM: *etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit*, succurri oportebit: etc. — Und wozu bedurfte es denn hier einer Fiction, da bey andern Fällen, wo der Prätor das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verliehen hat, keine Fiction zum Grunde liegt [50]).

47) Vergleiche *Gottl. Eusеb.* OELTZE in der D. de creditore sibi vigilante §. X. Hänlein a. a. O. §. X. u. a. m.

48) Die Rechtslehrer, welche die Paulianische Klage nicht als eine prätorische restitutorische Klage gelten lassen wollen, streiten sich sehr über den wahren Grund derselben. Vergleiche Hänlein a. a. O. §. 12. *Ioh. Iust.* RAABE D. de duplici act. Pauliana. §. 21. *seq.*

49) *Sam.* DE COCCEII in Iure controverſ. ad titul. Digeſtor. *quae in fraud. creditor. qu. 2. Ioh. Henr.* DE BERGER in oeconom. Iuris. *L. 2. P. 2. §.* 34. *Ioh. Gottfr.* SCHAUMBURG in Compend. Digeſtor. ad tit. *quae in fraud. creditorum* §. 1.

50) Vergleiche Glück in der angeführten Diſſertation §. 3.

§. 98.

Von den Erforderniſſen zur Paulianiſchen Klage. a) überhaupt.

Nicht jede von dem Gemeinſchuldner vor entſtandenem Concurſe unternommene Verringerung ſeines Vermögens, berechtiget die Gläubiger, ſolche mittelſt der Paulianiſchen Klage anzufechten und umzuſtoßen, ſondern dieſes Rechtsmittel kommt ihnen nur alsdann zu ſtatten, wenn gewiſſe Erforderniſſe vorhanden ſind, die das prätoriſche Edict als nothwendig unterſtellt, und die zum Theil ſchon in dem Begriff liegen, welchen ich oben von der Paulianiſchen Klage gegeben habe.

Zu den geſetzlichen Erforderniſſen, ohne welchen die Paulianiſche Klage gar nicht ſtatt findet, gehört 1) daß die Vermögens-Verringerug von dem Schuldner in der böslichen Abſicht, den Gläubigern dadurch zu ſchaden, unternommen ſeyn müſſe. Da die Geſetze dieſen Punct als Conditio ſine qua non ausdrücklich unterſtellen [51]), ſo müſſen die Gläubiger ſolchen nicht nur bey der Anſtellung der Paulianiſchen Klage anführen, ſondern auch beweiſen, indem eine betrügliche Abſicht überhaupt von niemanden, hinfolglich auch hier von dem Schuldner nicht vermuthet wird. Was aber die Art und Weiſe, wie dieſer Beweis von den Gläubigern geführt werden muß, anbetrifft, ſo ſind die Rechtslehrer hierüber in ihren Meinungen ſehr getheilt [52]), zumal da die Geſetze wegen dieſes Puncts nicht deutlich entſcheiden. Die gemei-

meine Meinung ist, daß es bey dem Beweise der betrügerischen Absicht des Gemeinschuldners überhaupt nach den rechtlichen Grundsätzen von dem Beweise des doli gehen müsse. Dahingegen nehmen andere Rechtslehrer [53]) zur Erleichterung der Gläubiger an, daß es schon hinreichend sey, wenn die Gläubiger darthäten, daß die Vermögens-Verringerung von dem Gemeinschuldner zu einer Zeit unternommen worden, wo sein Vermögen nicht mehr zur Befriedigung seiner Gläubiger zureichend war, oder andere dergleichen ähnliche Gründe, welche die bösliche Absicht des Schuldners vermuthen ließen, vorzubringen im Stande wären. Ja! Gothofred Ludewig Mencken [54]) geht zum Vortheil der Gläubiger sogar so weit, daß er behauptet: die Gläubiger hätten nicht nöthig, die betrügerische Absicht des Schuldners darzuthun, sondern solche müsse vermuthet werden, und der Schuldner sey verbunden, das Gegentheil zu beweisen, es wäre denn, daß er nicht selbst, sondern sein Erblasser solche Vermögens-Verringerung unternommen hätte, welche Behauptung aber den klaren Rechtsgrundsätzen von dem Beweise des Betrugs überhaupt, welche in dem vorliegenden Fall durch kein entgegengesetztes Gesetz abgeändert worden sind, entgegen ist.

Meiner Meinung nach muß es hier, da die Gesetze bey der Paulianischen Klage der betrügerischen Absicht des Gemeinschuldners als conditio sine qua non erwähnen, gleichwol aber wegen der Beweisführung derselben nichts besonderes bestimmen, nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen von dem Beweise des doli gehen, und darnach von den Gläubigern der Beweis seiner betrügerischen Absicht geführt werden. So wie jedoch überhaupt auch der Beweis des Betrugs durch gegründete Vermuthungen erleichtert wird, so ist auch dieses hier der Fall, und müssen auch solche den Gläubigern zu statten kommen. Ein Beyspiel davon liefert uns Julian

im *L.* 17. *D. quae in fraud. creditor.* §. 1. Lucius Titius, cum haberet creditores, libertis ſuis, hisdemque filiis naturalibus univerſas res ſuas tradidit. Reſpondit, Quamvis non proponatur conſilium fraudandi habuiſſe; tamen qui creditores habere ſe ſcit, et univerſa bona ſua alienavit, *intelligendus eſt fraudandorum creditorum conſilium habuiſſe etc.*

Ferner II) gehört zu den Erforderniſſen der Paulianiſchen Klage, daß den Gläubigern durch die von dem Schuldner unternommene Vermögens = Verringerung auch wirklich eine Verletzung zugefügt worden. Erhellt gleich dieſes Erforderniß ſchon aus der Natur der Sache, ſo beſtätigt es doch noch Ulpian zum Ueberfluß im *L.* 10. *§.* 1. *D. quae in fraud. credit.* wo er ſagt: Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum cauſa factum eſt, *ſi eventum fraus habuit*, ſcilicet ſi hi creditores, quorum fraudandorum cauſa fecit, bona ipſius vendiderunt. Caeterum ſi illos dimiſit, quorum fraudandorum cauſa fecit, et alios ſortitus eſt: ſi quidem ſimpliciter dimiſſis prioribus quos fraudare voluit, alios poſtea ſortitus eſt ceſſat revocatio, ſi autem horum pecunia quos fraudare noluit, priores dimiſit, quos fraudare voluit: Marcellus dicit, revocationi locum fore. *Secundum hanc diſtinctionem*, et ab Imperatore Severo, et Antonino reſcriptum eſt: eoque iure utimur. In dieſem Geſetz iſt außer dem Punct, zu deſſen Beweiſe es hier vorzüglich von mir angeführt worden, noch ein anderer eben ſo merkwürdiger Punct enthalten, nemlich dieſer: daß nur eigentlich diejenigen Gläubiger ſich der Pauliauiſchen Klage bedienen können, welche der Gemeinſchuldner zu betrügen die Abſicht hatte, und auch wirklich betrogen hat. Jedoch verſtattet der Rechtsgelehrte Marcellus die Paulianiſche Klage auch denjenigen Gläubigern, die der Schuldner erſt hernach erhalten

hat, wenn er mit deren Gelde die Gläubiger, die er eigentlich zu betrügen die Absicht hatte, abgefunden hat.

Noch eine Anmerknng zu diesem zweyten Erforderniß zur Anstellung der Paulianischen Klage. Wie! wenn ein Schuldner eine Vermögens-Verringerung in der Absicht, um seine Gläubiger zu betrügen, unternimmt, und nun durch diese seine Handlung auch sein Vermögen in den Zustand setzt, daß die Gläubiger nicht bezahlt werden können, von ohngefähr aber sein Vermögen wieder einen großen Zuwachs erhält, und er demohnerachtet im Concurs hernach verfällt, können da wol die zur Zeit der Entäußerung schon vorhandene Gläubiger dieselbe anfechten, und umstoßen? Es möchte scheinen, als wenn diese Frage verneinet werden müßte, da doch der Erfolg seiner Handlung durch ein Ohngefähr behindert wurde. Allein ich glaube demohnerachtet, ihnen muß die Paulianische Klage zugestanden werden. Die Worte des Gesetzes: si eventum fraus habuit, beziehen sich nicht auf die Zeit, wo die Vermögens-Verringerung unternommen wurde, sondern auf die Zeit, wo der Concurs über des Schuldners Vermögen eingebrochen ist.

51) *L.* 1. *pr. D. quae in fraud. Creditor.* und §. 2. *eod. L.* 10. *eod.* Gothofr. Ludwig Mencken leugnet in der D. de act. Paul. §. 14. die Nothwendigkeit dieses Erforderniſſes zur Anstellung der Paulianischen Klage, zwar auf dem Fall, wenn der Schuldner etwas titulo lucrativo von seinem Vermögen auf jemanden übertragen hat, und begründet sich darauf, daß hier der Prätor allein auf den Grundsatz, ne quis cum damno alterius fiat locupletior, Rücksicht genommen habe, wie aus dem *L.* 6. §. 11. *D. quae in fraud. creditor.* ersichtlich sey. Allein diese Behauptung ist offenbar falsch. Denn so unterstellt 1) das Edict des Prätors, wie aus dem *tit.* der Pandecten *quae in fraud. creditor.* deutlich erhellt, allemal die betrügerische Absicht des Schuldners als Conditio sine qua non; und dann 2) verwechselt Mencken offenbar die Grundsätze, wor-

worauf der Prätor bey Verleihung dieses Rechtsmittels gegen den Acquirenten Rücksicht nahm, mit den Haupt-Momenten der Paulianischen Klage.

52) Vergleiche MENOCH de praesumt. *L.* 3. *praes.* 124. §. 74. f. *Anton* PEREZ in praelect. ad Codic. Tit. *de revocand. his, quae in fraud. creditor.* §. 10. *Francisc.* CONNANUS in commentar. Iur. Civilis. *L. V. Cap. ult.* §. 3.

53) Hänlein a. a. O. §. 13. *Ioach.* HOPP Comment. ad Instit. ex edit. WALCHII Tit. *de action.* §. 6.

54) in der Diss. de act. Pauliana. §. 14.

§. 99.

b) In Rücksicht auf den Acquirenten, von welchem mit der P. K. etwas zurückgefordert werden soll.

Außer den im vorigen Paragraphen zur Anstellung der Paulianischen Klage angegebenen Haupt-Erfordernissen, verordnen die Gesetze noch, daß diese Klage gegen einen Dritten, welcher aus solcher Disposition des Schuldners etwas erworben hat, nicht anders soll angestellt, und das Erworbene von ihm zurückgerufen werden können, als wenn derselbe entweder

I) solches titulo lucrativo von dem Gemeinschuldner erhalten hat [55]) oder

II) zwar titulo oneroso, sich aber bey der Acquisition in mala fide befand [56]).

Derjenige, welcher eine Sache von dem, in der böslichen Absicht, seine Gläubiger zu hintergehen, sein Vermögen verringernden Schuldner, titulo onero-so und bona fide erworben hat, bleibt von den Wirkungen der Paulianischen Klage verschont [57]), ohne Unterschied, es möge solche unmittelbar von dem Schuldner selbst, oder von einem Dritten auf ihm übertragen worden seyn, es möge im letz-

letzteren Fall dieser Dritte ein bonae oder malae fidei possessor gewesen seyn [58]). Es schien dem Prätor zu hart, auch gegen einen solchen Acquirenten den Gläubigern die Paulianische Klage zu verleihen, welcher mit ihnen sich in einem gleichen Zustand befand, und ebenfalls Schaden leiden würde, wenn er das, was er von dem Schuldner bona fide erworben hatte, wieder herausgeben sollte.

Zu mehrerer Einsicht dieser Grundsätze muß ich noch zwey Bemerkungen hinzufügen, die zwar beym ersten Anblick überflüßig scheinen werden, allein es doch, wenn man alles gehörig überlegt, wirklich nicht sind.

Erstens frägt es sich: was heißt hier titulo lucrativo, und was titulo oneroso etwas von dem Gemeinschuldner acquiriren? — eine Frage, die hier gewiß sehr wichtig ist. Ich will mich bemühen, sie so viel möglich den Gesetzen gemäß zu beantworten.

TITULO ONEROSO a) erwirbt jemand so oft etwas von dem Schuldner, als er sich dagegen etwas wieder zu geben oder zu leisten verbindlich macht. Z. B. wenn er etwas von dem Schuldner kauft, der Schuldner ihm eines seiner Grundstücke verpachtet u. s. f. Aus diesem hier vom titulus onerosus gegebenen Begriff läßt sich auch sehr gut erklären, warum Venulejus im *L.* 25. *§.* 1. *D. quae in fraudem credit.* den Gläubigern den Gebrauch der Paulianischen Klage gegen den Schwiegersohn des Schuldners abspricht, welchem der Schuldner einen Brautschatz in der Absicht, dadurch die Gläubiger zu lädiren gegeben hatte, wenn er nur nicht mit um diesen Betrug wußte. Der ganze Entscheidungs-Grund liegt in dem Gesetz klar zu Tage, nemlich weil die Erwerbung des Brautschatzes in Hinsicht auf den Ehemann zu den Erwerbungen, welche titulo onoroso geschahen, gerechnet wurde, indem der Mann dagegen die Ernährung der Ehefrau und die Lasten der Ehe übernahm [59]).

„In maritum (heißt es) autem, *qui ignoravit*, non dandam actionem; non magis, quam in creditorem, qui a fraudatore, quod ei deberetur, acceperit cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit.„ Denn sonst würde sich kein Grund angeben lassen, warum eben dieser Rechtslehrer kurz zuvor [60]) den Gläubigern gegen die Tochter des Schuldners, und deren Erben die Paulianische Klage zur Revocation des Brautschatzes gestattet, welchen der Schuldner derselben in der böslichen Absicht, die Gläubiger zu hintergehen, aus seinem Vermögen verabreichet hatte.

TITULO LUCRATIVO b) erwirbt jemand, so oft etwas von dem Schuldner, als er sich nicht anheischig macht, dagegen wiederum etwas zu geben, oder zu leisten. Z. B. Schenkung u. d. m. Der Erwerbung, welche titulo lucrativo geschieht, ist auch zum Theil diejenige Acquisition gleich zu achten, wo jemand zwar etwas von dem Gemeinschuldner unter der Verbindlichkeit, dagegen etwas zu leisten, erhält, allein diese Gegenleistung mit der Acquisition in keinem ordentlichen Verhältnisse steht. Wenn daher der Schuldner an jemanden etwas von seinem Vermögen unter dem wahren Werth verkauft, so muß, wie Leyser [61]) richtig bemerkt, die Acquisition in so ferne, als sie unter dem wahren Werth geschehen ist, zu den Acquisitionen, welche titulo lucrativo geschehen, gerechnet, und nach den davon geltenden Grundsätzen beurtheilet werden [62]).

Ich komme zu einer zweyten hieher gehörigen Frage, welche diese ist: Wenn kann man annehmen, daß sich der Acquirent in bona, und wenn daß er sich in mala fide bey seinem Erwerb von dem Schuldner befinde? Die Beantwortung der ersteren Frage ergiebt sich schon aus der der letzteren, daher ich nur blos diese genau beantworten darf.

Der Acquirent wird nach den Gesetzen so oft als Theilnehmer der betrügerischen Absicht des Gemeinschuldners betrachtet, als er bey der Acquisition gewußt hat, daß der Schuldner bereits unzahlfähig war, oder doch durch die gegenwärtige Entäußerung solches werden würde [63]. Wußte er blos, daß der Schuldner Gläubiger habe, so versetzt ihn dieses Wissen nicht im bösen Glauben, es wäre denn, daß bey der Acquisition ihn die Gläubiger ernstlich daran erinnert hätten, die Erwerbung zu unterlassen, er aber sich nicht an diese Erinnerung gekehret hätte [64]). Nach der Lehre des Ulpians [65]) befindet sich auch derjenige Acquirent nicht im bösen Glauben, welcher mit Consens der Gläubiger von dem Gemeinschuldner erwirbt. Nemo enim (sagt dieser Rechtslehrer) videtur fraudare eos, qui *sciunt* et *consentiunt*.

Da die Paulianische Klage gegen denjenigen, welcher von dem Gemeinschuldner etwas titulo oneroso erworben hat, nur alsdann von den Gläubigern angestellet werden kann, wenn sich derselbe bey der Acquisition in mala fide befindet, so müssen die Gläubiger natürlich solches bey ihrer Anstellung zum Grunde legen, und da mala fides überhaupt nicht vermuthet wird, davon den Beweis führen. Zwar fehlt es nicht an Rechtslehrern [66]), welche behaupten, daß die Gläubiger hier weiter keinen Beweis zu führen nöthig hätten, als, daß der Schuldner zu der Zeit der Entäußerung entweder schon insolvent gewesen, oder es doch dadurch geworden sey; indem der Acquirent sich so oft im bösen Glauben befinde, als er gewußt, daß der Schuldner bereits insolvent war, oder doch durch die gegenwärtige Veräußerung insolvent werden würde, diese Wissenschaft aber in Ansehung seiner, wegen der Lehre des Ulpians im *L.* 19. *D. de reg. Iur.* „Ille qui cum alio contrahit, vel *est*, vel *debet esse non ignarus conditionis*

tionis eius, „ präsumirt werde. Allein dieser Meinung kann ich darum nicht beypflichten, weil 1) derselben die so starke Rechtsvermuthung — dolus in nemine praesumitur — entgegensteht; 2) die vom Ulpian im *L.* 19. *D. de reg. Iur.* generell abgefaßte Regel aus anderen Gesetzen [67]) dahin eingeschränkt werden muß: wenn der Contrahent den Zustand seines Mit-Contrahenten füglich hat wissen können, auch 3) eine rechtmäßige Unwissenheit sonst immer nach den Gesetzen [68]) entschuldiget, und gegen Nachtheil sichert, welchen jemand sonst empfinden würde; und nicht abzusehen ist, warum man hier davon eine Ausnahme machen wollte. Es würden mithin doch immer die Gläubiger beweisen müssen, daß der Acquirent den Zustand des Schuldners habe wissen müssen, und können, wenn man jenen Lehrsatz gelten lassen wollte. Ergiebt sich also gleich hieraus die Unrichtigkeit jener Behauptung sichtbarlich, so läßt sich jedoch nicht leugnen, daß bey dieser Beweisführung den Gläubigern mancherley Vermuthungen zu statten kommen, und selbige erleichtern können, mithin nicht immer ein directer Beweis nöthig sey. Dahin gehört z. B. wenn zu der Zeit, wo die Acquisition vor sich ging, der Zustand des Schuldners schon Stadt- und landkundig war, oder der Acquirent ein naher Anverwandter des Schuldners, oder sonst jemand ist, der von seinen Vermögens-Umständen genaue Notiz haben konnte, oder auch endlich die ganze Verhandlung sehr geheim betrieben wurde [69]).

55) *L.* 6. §. 11. *D. quae in fraud. creditor.* *L. pen. C. de revocand. his quae in fraud. creditor.*

56) L. 5.

57) *L.* 6. §. 8. *D. quae in fraud. creditor.*

58) *L.* 9. *D. quae in fraud. creditor.* Hat der malae fidei possessor, das, was er von dem Schuldner erhalten hat, auf einen Dritten übertragen, der sich in bona fide befand, so kann der von ihm begangene Betrug ihm nur allein, und nicht den Dritten schaden.

59)

59) *Christian Albert* KORTMANN D. Socerum fraudatorem occas. *L. fin. §. 1. D. quae in fraud. creditor.* sistens. *Traj. ad Viadr.* 1746.

60) nemlich §. 1. dieses Gesetzes.

61) in Meditat. ad Pandect. *Spec.* 494. *Medit.* 14.

62) Daß, dieser Theorie ohnerachtet, in der Praxis Fälle vorkommen, wo es sehr schwer hält, zu bestimmen, ob eine Erwerbung titulo onerosо, oder lucrativo geschehen sey, ist nicht zu leugnen. Vergleiche *Ioa.* A SANDE in decision. Frisic. *L.* 3. *T.* 13. *Dec.* 2. z. B. wenn der Schuldner etwas von seinem Vermögen sub titulo onerosо, l. lucrativo, sed tantum conditionato auf jemanden übertragen hat. Meiner Meinung nach muß hier allemal auf den Ausgang des Geschäffts Rücksicht genommen, und darnach bestimmt werden, ob die Erwerbung selbst, am Ende, titulo onerosо, oder lucrativo geschehen ist.

63) Hänlein a. a. O. §. 16.

64) *L.* 10. *§.* 2. 3. 4. *D. quae in fraud. creditor.*

65) *L.* 6. §. 9. *D. quae in fraud. creditor.*

66) Mencken in der D. de action. Pauliana §. 6.

67) arg. *L. pen. D. de SCt. Maced. L.* 48. *D. de fidejussor.*

68) *L.* 3. *D. de SCt. Macedon.*

69) MENOCH de praesumt. *L.* 3. *praes.* 124. §. 74. *seq.*

§. 100.

Wird untersucht, in wie ferne gegen die Erben des Acquirenten die Paulianische Klage statt finde.

Gegen die Erben des Acquirenten hatte anfänglich die Paulianische Klage nicht statt [70]), sondern wurde erst in der Folge den Gläubigern gegen diese verliehen, um so viel zu restituiren, als von dem Erblasser auf sie gekommen war. Zwar wird von der Paulianischen Klage im *L.* 10. *§.* 25. *D. quae in fraud. creditor.* geradezu gesagt: Haec actio heredi caeterisque successoribus competit: sed et *in heredes* similesque personas datur. Allein aus der Relation des Venulejus im *L.* 11. *D. quae in fraud. creditor.* erhellt

mehr

mehr denn zu deutlich, daß die Paulianische Klage erst in späteren Zeiten, mittelst einer ausdehnenden Erklärung von einem Prätor, Namens Cassius [71]), auch den Gläubigern gegen die Erben des Acquirenten verliehen worden. Cassius (heißt es daselbst) actionem introduxit, in id, quod ad heredem pervenit.

70) Hänlein a. a. O. §. 16. glaubt, daß die Paulianische Klage darum anfänglich nicht gegen die Erben statt gefunden habe, weil sie ex delicto entspringe, und actiones ex delicto provenientes überhaupt nicht gegen die Erben nach römischen Rechtsgrundsätzen statt fänden. Allein jeder, der nur mit den ächten Grundsätzen der Paulianischen Klage bekannt ist, sieht ohne mein Erinnern ein, wie wenig dies Princip im allgemeinen durchzugreifen im Stande ist, zumal da hier von Entschädigung die Rede ist, zu welcher auch nach dem römischen Recht die Erben, wiewol unter gewisser Einschränkung, verbunden sind. Der Grund, warum anfänglich die Paulianische Klage nicht gegen die Erben statt fand, ist wol ohnstreitig in der Unbestimmtheit des prätorischen Edicts, und der Genauigkeit der alten römischen Formular-Jurisprudenz zu suchen.

71) Daß dieser Cassius ein Prätor, und nicht ein Rechtslehrer gewesen, davon giebt das Wort — introduxit — den besten Beweis ab, welches immer in den Gesetzen von prätorischen Klagen gebraucht wird, die in Ermangelung der Civil- oder auch der directen Klagen eingeführt wurden. Vergleiche den *L.* 43. *D. quibus ex cauſſis majores.*

§. 101.

Actio Pauliana utilis.

Die Paulianische Klage setzt, wie wir oben gesehen haben, gewisse Erfordernisse voraus, unter welchen sie nur von den Gläubigern gebraucht werden kann. Durch die Interpretation der Juristen ist jedoch diese Klage auch in der Folge den Gläubigern in solchen Fällen gestattet worden, wo die zur Anstellung derselben nöthigen Erfordernisse, nicht insgesammt vorhanden waren, und wo man alsdann im Entgegensatz von der actio Pauliana directa, diese Klage actio Pauliana utilis

lis benannt findet. In dem Titul der Pandecten *Quae in fraud. Credit.* kommt davon ein gedoppelter Fall vor, mit welchem wir uns hier bekannt machen müssen. Von dem ersten Fall handelt Ulpian im *L.* 6. *§.* 13. *quae in fraud. Credit.* Si necessarius heres legata praestiterit, deinde eius bona venierint, Proculus ait, etiam si ignoraverint legatarii, tamen *utilem actionem* dandam: quod nequaquam dubium est. Ein Noth-Erbe, welcher nachher im Concurs verfiel, hatte die von seinem Erblasser hinterlassene Vermächtnisse ausgezahlt, und selbige waren von den legatarien im guten Glauben entgegengenommen worden. Hier mangelte es an dem Haupt-Erforderniß der Paulianischen Klage ganz, daß mittelst derselben die Gläubiger die ausgezahlten Vermächtnisse hätten zurückfordern können. Denn auf den Noth-Erben, welcher dem Befehl des Erblassers genügte, konnte hier nicht der Verdacht irgend einer betrügerischen Absicht fallen, mithin konnte ihrer eigentlichen Natur nach die Paulianische Klage durchaus nicht statt haben. Gleichwol aber verstattet hier **Ulpian**, unter Beystimmung des **Proculus**, den Gläubigern utiliter die **Paulianische Klage** zur Revocation dieser ausgezahlten Vermächtnisse. Die römischen Rechtsgelehrten sahen sich, bey solcher Extension der Klagen auf andere Fälle, immer nach einem Grund um, wodurch sie dieselbe beschönigen konnten, und auch bey dieser im *L.* 6. *§.* 13. *D. quae in fraud. Creditor.* enthaltenen Ausdehnung der **Paulianischen Klage** liegt ein solcher Grund verborgen. Legate sollen nemlich, nach Verordnung der Gesetze, nicht eher geleistet werden, als bis die auf die Erbschaft haftende Schulden abgetragen sind. Weil nun dies hier nicht geschehen war, so leiteten die Rechtsgelehrten hieraus die Verbindlichkeit der legatarien ab, den Gläubigern, welche aus der übrigen Erbschaft nicht befriediget werden konnten, die ihnen vor Abführung der, auf der Erbschaft haftenden Schulden, ausgezahl-

ten Vermächtnisse zu restituiren, und gestatteten den Gläubigern, zur Revocation derselben, utiliter die Paulianische Klage

Einen zweyten Fall, wo auch die Paulianische Klage den Gläubigern utiliter verstattet wird, obgleich es an den zur Anstellung derselben nöthigen Requisiten mangelt, trägt Ulpian im *L.* 10. *§.* 10. *D. quae in fraud. Creditor.* vor. Ich will zuvor die Worte des Gesetzes selbst hersetzen, und hernach darüber commentiren.

„Si quid in fraudem creditorum fecerit filius, qui se poterat abstinere, et in integrum sit restitutus, quod se miscuerat; vel si quis fecit (heres) voluntarius etiam, vel per aetatem, vel quam (aliam) causam iustam in integrum meruit restitutionem: dicendum erit *utilem actionem* competere. Idem et in servo necessario. Sane cum illa distinctione hoc admittendum esse Labeo scribit, ut siquidem protinus bona vendiderunt creditores; (vel) absentibus, (vel) pacisentibus creditoribus se necessarius miscuit: utriusque fraus revocetur, id est, testatoris, et ipsius. Si vero passi sunt necessarium creditores, et quasi in creditum habuerunt nomen eius, vel dulcedine usurarum, vel qua alia ratione secuti (sunt): dicendum est, nihil revocari ex his, quae testator alienavit.„

In dem Gesetz ist von einem Noth- oder anderen freywilligen Erben die Rede, welcher sich in die Erbschaft einmischte, etwas davon zum Nachtheil der Erbschafts-Gläubiger betrüglich veräußerte, und nunmehr, vermöge des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, sich der Erbschaft wieder entschlug. Ulpian verstattet hier den Gläubigern utiliter die Paulianische Klage, um die zu ihrem Nachtheil veräußerte Erbschaftsstücke zu revociren, unterscheidet jedoch mit dem Labeo: Ob die Gläubiger um die Antretung der Erbschaft nicht gewußt haben, oder ob solche mit ihrem Wissen und Willen geschahe. Im ersten Fall erlaubt

er

er ihnen nicht nur diejenigen betrüglichen Veräußerungen, welche der Erblasser, sondern auch die, welche der Erbe unternommen hatte, anzufechten, und umzustoßen. Im letzten Fall hingegen sollen die Gläubiger nur die betrüglichen Veräußerungen des Erbens, nicht aber die des Erblassers, umzustoßen berechtiget seyn. Das Gesetz enthält eine Mischung verschiedener Fälle, wo theils die Paulianische Klage directe ohnläugbar statt findet, und vorausgesetzt wird, theils wo sie nicht eigentlich statt hat, aber den Gläubigern utiliter verliehen wird. Es muß daher die gehörige Absonderung getroffen werden, wenn man den Punct treffen will, wo die Gläubiger utiliter sich der Paulianischen Klage bedienen können.

Wenn ein Erbe eine verschuldete Erbschaft antritt, daraus etwas zum Nachtheil der Gläubiger betrüglicher Weise veräußert, und sich nun gegen die Antretung der Erbschaft des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, entweder wegen seiner Minderjährigkeit, oder aus einem anderen rechtmäßigen Grunde bedient, so kommt er nunmehr aus aller Verbindung mit den Gläubigern des Erblassers, und wird es so angesehen, als wenn er niemals deren Schuldner gewesen wäre. Die Gläubiger können daher die von ihm unternommenen Erbschafts-Veräußerungen nicht mit der eigentlichen Paulianischen Klage revociren, indem diese immer einen Schuldner voraussetzt, der in der betrügerischen Absicht, seine Gläubiger um ihre Befriedigung zu bringen, eine Verringerung seines Vermögens vorgenommen hat; der Erbe aber, wegen des gebrauchten Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, gegenwärtig in Beziehung auf die Gläubiger nicht mehr als Schuldner, sondern wie ein Fremder zu betrachten ist, und auch bey der Vermögens-Verringerung selbst in dieser Qualität genommen werden muß, weil nach erlangter Restitution die Erbschafts-Antretung als gar nicht geschehen, angesehen wird. Damit nun aber die Gläubiger durch solche

bösartige Handlungen des Erben keinen Schaden leiden mögen, so wird ihnen hier die Paulianische Klage utiliter zur Revocation dieser von dem restituirten Erben unternommenen Veräußerungen gestattet. Zugleich wird auch in dem Gesetz einer Revocation, der von dem Erblasser selbst böslicher Weise zum Nachtheil seiner Gläubiger unternommenen Vermögens-Verringerung, gedacht. Diese geschieht mit der actio Pauliana directa, weil hier die zur Anstellung derselben nöthigen Erfordernisse vorhanden sind.

Die Gläubiger können sich also in solchem Fall der Paulianischen Klage gedoppelt bedienen, nemlich 1) der actio Pauliana directa zur Revocation der von dem Erblasser, 2) der actio Pauliana utilis zur Revocation der von dem Erben böslicher Weise unternommenen Vermögens-Verringerung. Jedoch wird ihnen die erstere in dem Fall abgesprochen, wenn der Erbe mit ihrem Wissen und Willen die Erbschaft angetreten hat. Und warum? Der Entscheidungs-Grund ist in dem Gesetz deutlich angegeben: weil man in solchem Fall annehmen muß, daß sie sich nicht mehr an der Erbschafts-Masse, sondern vielmehr an den Erben halten, und alle Verbindlichkeiten, womit ihnen der Verstorbene verhaftet war, auf diesen haben übertragen wissen wollen. Es wird also dieses Verhalten der Gläubiger wie eine stillschweigende Verzichts-Leistung auf die Paulianische Klage, die ihnen sonst zur Revocation der von dem Erblasser böslicher Weise unternommenen Vermögens-Verringerung zugestanden haben würde, angesehen.

Außerdem gedenkt noch Papian eines Falls im *L.* 18. *D. quae in fraud. creditor.*, wo, wenigstens nach älterem Recht, die Paulianische Klage den Gläubigern utiliter verstattet worden, obgleich in der Folge wegen der veränderten Rechtsbegriffe die Actio Pauliana directa angestellet werden konnte. Papinian verstattet in dem angeführten Gesetz den Gläubigern utiliter gegen

den

den Schuldner die Paulianische Klage, welcher ein ihm zuständiges Pfandrecht betrügerischer Weise erlassen, oder wenigstens nicht verfolgt hatte. Aber wie! passen denn nicht die Grundsätze von der eigentlichen Paulianischen Klage auf den vorliegenden Fall? Ist nicht die Remission eines Pfandrechts hier als eine wirkliche Schenkung zu betrachten?

Ich muß gestehen, die Erklärung dieses Gesetzes hat ihre Schwierigkeiten. Hänleins [72]) Behauptung, welcher annimmt, daß der Rechtsgelehrte hier um deswillen den Gläubigern die Paulianische Klage zugestanden habe, weil die Remission des Pfandrechts nach dem älteren Recht nicht als eine Schenkung angesehen worden, indem der Schuldner noch immer wegen des Capitals dem Gläubiger verhaftet geblieben sey, befriedigt mich im mindesten nicht. Auch nach dem neueren römischen Recht begreift die Rückgabe des Unterpfands noch keine Schenkung des Capitals selbst in sich.

Irre ich nicht, so ist der Grund, warum Papinian hier den Gläubigern nur utiliter die Paulianische Klage verstattet, dieser: weil man ehedem die Erlassung eines Pfandrechts nicht so wichtig hielt, um den Gläubigern zur Revocation desselben die Paulianische Klage zu verstatten. Da man aber in der Folge einsahe, daß auch die von dem Schuldner geschehene Erlassung eines Pfandrechts für die Gläubiger nachtheilig seyn konnte, so verstattete man ihnen utiliter diese Klage. Hernach wurde den Gläubigern auch in solchem Fall die Paulianische Klage directe gestattet, wie aus der Ulpianischen Erklärung des prätorischen Edicts im *L.* 2. *D. quae in fraud. Creditor.*, wo er die Remission eines Pfandrechts zu den mit der Paulianischen Klage zu revocirenden schuldnerischen Alienationen rechnet. So stelle ich mir die Sache vor. Indeß, so gebe ich diese meine Vorstellungs-Art für nichts mehr als eine bloße Conjectur

aus, von der ich jedoch glaube, daß sie ziemlich den Gesetzen anpassend ist.

72) A. A. O. §. 21.

§. 102.

Wird gezeigt, daß auch die Paulianische Klage bisweilen von den Gläubigern gegen einen aus ihrem Mittel angestellet werden könne.

Eigentlich ist nur die Paulianische Klage den Gläubigern zu dem Ende gestattet, um solche von dem Schuldner unternommene Verringerungen seines Vermögens umzustoßen, wodurch ein Dritter Vortheil erhalten hat, oder überhaupt auf denselben etwas übertragen worden. Indeß so giebt es auch Fälle, wo selbst gegen einen Gläubiger die Paulianische Klage von den übrigen Gläubigern angestellet, und dasjenige, was von dem Schuldner auf ihn ist übertragen worden, zurückgerufen werden kann. Bey der Beantwortung der Frage: In wie ferne von den Gläubigern gegen einen aus ihrem Mittel die Paulianische Klage angestellt werden kann, ist ein gedoppelter Fall zu unterscheiden, nemlich 1) der, wo der Schuldner vor entstandenem Concurse etwas aus seinem Vermögen, auf einen seiner Gläubiger, ohne alle Rücksicht auf dessen Anforderung, übertrug, und 2) der Fall, wo diese Uebertragung mit Rücksicht auf die Forderung dieses Gläubigers geschahe. Im ersten Fall muß auf den Gläubiger alles dasjenige angewendet werden, was alsdann statt findet, wenn gegen einen dritten Acquirenten die Paulianische Klage statt finden soll, und wovon ich oben weitläuftig gehandelt habe. Denn da außer seiner Forderung der Gläubiger immer als ein Dritter anzusehen ist, so sehe ich keinen Grund ein, warum auch nicht das auf ihn angewendet werden sollte, was von einem Dritten gilt, wenn auf diesen der Schuldner etwas aus seinem Vermögen übertragen hat.

Ist

Ist hingegen zweytens diese Uebertragung von dem Schuldner an den Gläubiger, in Rücksicht auf dessen Forderung geschehen, so findet hier eine ganz andere Entscheidung statt. Dahin gehören die Fälle, wo der Schuldner vor entstandenem Concurse einem seiner Gläubiger Zahlung geleistet, oder demselben etwas an Zahlungs-Statt zugeschlagen, oder ihm wegen seiner Ansprüche ein Pfandrecht verliehen hat. — Ich will zuförderst von dem Fall reden, wo der Schuldner einen Gläubiger bezahlt, oder ihm etwas von seinem Vermögen an Zahlungs-Statt zugeschlagen hat, und hernach von dem Fall, wo er demselben ein Pfandrecht verliehen hat. Denn in jedem Fall finden wir besondere Entscheidungen in den Gesetzen, so daß, was von dem einen Fall gilt, nicht auf den andern durchgängig angewendet werden kann.

§. 103.

Fortsetzung.

Hat (A) der Gemeinschuldner vor entstandenem Concurse einem seiner Gläubiger Zahlung geleistet, oder etwas von seinem Vermögen demselben an Zahlungs-Statt zugeschlagen, so kann solches von den übrigen Gläubigern in der Regel nicht mittelst der Paulianischen Klage zur Concurs-Masse zurückgerufen werden, ohne Unterschied, es möge der Schuldner solches freywillig, oder auf den Antrieb dieses Gläubigers gethan haben — es möge ferner der Gläubiger, welchem die Zahlung geleistet, oder etwas an Zahlungs-Statt zugeschlagen wurde, ein bevorzügter, oder nur ein schlechter Gläubiger gewesen seyn; indem es hier an den Erfordernissen zur Anstellung der Paulianischen Klage gänzlich fehlt. Denn so läßt sich 1) nicht annehmen, daß der Schuldner bey dieser seiner Handlung, die Absicht gehabt habe, die anderen Gläubiger zu hintergehen, zumal da selbst

die Gesetze verordnen, daß von einem jeden, welcher Zahlung leistet, vielmehr vermuthet werden soll, daß er dabey weiter keine Absicht gehabt habe, als sich von einer ihn drückenden Verbindlichkeit zu befreyen [73]). Eben so wenig läßt sich auch 2) auf Seiten des Gläubigers, welcher von dem Schuldner die Zahlung entgegennahm, hier eine betrügerische Absicht annehmen, indem er weiter nichts that, als die Leistung einer Verbindlichkeit empfing, womit ihm der Gemeinschuldner verhaftet war. Es kann auch dem Gläubiger nicht zur Last gelegt werden, wenn er gleich wußte, daß der Gemeinschuldner bereits nicht mehr im Stande war, allen seinen Gläubigern Zahlung zu leisten, und daher vielleicht sehr bald im Concurs verfallen werde; vielmehr bestätigen die Gesetze seine Handlung, als die Handlung eines auf die Erhaltung seines Vermögens aufmerksamen, und wachsamen Menschen. Sciendum est (lehrt Ulpian im *L.* 6. §. 7. *D. quae in fraudem Creditorum*) Iulianum scribere, eoque iure nos uti, ut qui *debitam pecuniam recepit antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc Edictum:* sibi enim vigilavit.

Zwar möchte es scheinen, als wenn der Gläubiger vor entstandenem Concurse, nur dann von dem Schuldner die Zahlung gültig entgegennehmen könne, wenn nemlich derselbe ihm freywillig solche dargebothen hat, nicht aber alsdann, wenn solche auf den Antrieb dieses Gläubigers geleistet ist. Denn so sagt Scävola im *L.* 24. *D. quae in fraudem Creditorum:* Quid ergo, si cum in eo essent ut bona Debitoris mei venirent soluerit mihi pecuniam: an actione revocari ea possit a me? an distinguendum est, is obtulerit mihi, an ego illi extorserim invito? *et si extorserim invito, revocetur?* si non extorserim, non revocetur? etc. Allein, erwägt man das Gesetz mit der gehörigen Aufmerksamkeit, so ergiebt sich daraus folgende Erklärung.

rung. Der Rechtsgelehrte setzt hier einen Gläubiger, welcher durch gesetzliche Mittel [74]) zu seiner Bezahlung zu gelangen bemühet gewesen ist, demjenigen entgegen, welcher durch unerlaubte Mittel, wohin die Privat-Gewaltthätigkeit gehört [75]), solche erhalten hat. Dem letzteren kann von dem Schuldner um deswillen nicht gültige Zahlung geleistet werden, weil er sich unerlaubter und strafbarer Mittel bediente, zu seinem Zweck zu gelangen, mithin die Zahlung als nicht geleistet angesehen, und den Gläubigern daher die Revocation derselben gestattet werden muß. Trieb also der Gläubiger den Schuldner an, ihm Zahlung zu leisten, und bediente sich gesetzlicher Mittel, solche von ihm zu erhalten, so muß er zu den wachsamen Gläubigern gerechnet, und die ihm geleistete Zahlung als gültig angenommen werden.

Erklären gleich die Gesetze eine von dem Gläubiger durch Privat-Gewaltthätigkeit erzwungene Zahlung für ungültig, und erlauben den übrigen Concurs-Gläubigern, solche mittelst der Paulianischen Klage zu revociren, so muß doch von dieser Bestimmung alsdenn eine Ausnahme gemacht werden, wenn dem Gläubiger die Hülfe der Obrigkeit entweder ganz fehlte, oder doch wenigstens zu spät herbeygekommen seyn würde, in welchem Fall überhaupt von den Gesetzen eine gemäßigte Privat-Gewaltthätigkeit für erlaubt erkläret wird. Dies bestätigt auch Ulpian im *L.* 10. *§.* 16. *D. quae in fraudem Creditorum*, wenn er sagt: si debitorem meum et complurium Creditorum consecutus essem fugientem, secum ferentem pecuniam, *et abstuliſſem ei id, quod mihi debeatur*: placet Iuliani Sententia dicentis, multum interesse, antequam in possessionem bonorum eius Creditores mittantur, hoc factum sit, an postea: *si ante, cessare actionem*, si postea, huic locum fore.

Der Hauptgrund, warum die übrigen Gläubiger, wenn der Schuldner einem aus ihrem Mittel, vor ent-

standenem Concurse, Zahlung geleistet hat, sich in der Regel darüber nicht beschweren und solche geleistete Zahlung zurückfordern können, liegt ohne Zweifel darin, weil damals noch von den Vorzügen der Gläubiger unter einander nicht die Rede seyn konnte, sondern hierüber alsdann erst die Frage entstehen kann, wenn bereits der Concurs über das Vermögen des Schuldners ausgebrochen ist. So lange als noch kein Concurs vorhanden ist, kann dem Schuldner nicht aufgebürdet werden, bey der Zahlung auf die Vorzüge der Gläubiger Rücksicht zu nehmen, sondern es muß in seinem Belieben stehen, welchem er zuerst die Zahlung leisten will, wenn ihm nicht einer, oder der andere seiner Gläubiger dazu nöthiget, ihm früher als vielleicht sonst geschehen seyn würde, Zahlung zu leisten [76]).

Eine Ausnahme von diesen Grundsätzen, und wo sich doch die übrigen Gläubiger der Paulianischen Klage zur Revocation solcher, einem aus ihrem Mittel geleisteten Zahlung bedienen können, trägt Scävola im *L.* 24. *D. quae in fraudem Creditorum* vor, welches Gesetz aus seinem libro singulari quaestionum publice tractatarum genommen ist, mit welchem wir uns wegen ihrer Wichtigkeit ausführlicher bekannt machen müssen. Pupillus (sagt er) patri heres exstitit, et uni Creditorum solvit, mox abstinuit hereditate paterna, bona patris veneunt, an id, quod accepit Creditor, revocandum sit, ne melioris Conditionis sit, quam ceteri Creditores. an distinguimus *per gratificationem* acceperit; an non? *ut si per gratificationem tutorum, revocetur ad eandem portionem, quam ceteri creditores fuerint laturi*: sin vero iuste exegerit, caeteri Creditores neglexerint exactionem, interea res deterior facta sit, vel mortalitate; vel subductis rebus mobilibus, vel rebus soli ad irritum perductis, id, quod acceperit Creditor, revocari nullo modo potest, quoniam alii Creditores suae negligentiae expensum ferre

de-

debent. Ein Pupill wurde Erbe seines Vaters und bezahlte mit Concurrenz der Vormünder einem Erbschafts-Gläubiger, enthielt sich hierauf der väterlichen Erbschaft, und nun brach über selbige ein Concurs aus. Es entstand die Frage, ob die anderen Gläubiger mittelst der Paulianischen Klage die geleistete Zahlung zurückfordern könnten, und der Rechtsgelehrte verneinet solches, außer wenn der Gläubiger per gratificationem der Vormünder des Pupillen die Zahlung erhalten hat, wo er den übrigen Gläubigern die Paulianische Klage gestattet wissen will. Unter GRATIFICATIO versteht hier Scävola eine vorzügliche Begünstigung dieses Gläubigers mit Hintenansetzung anderer Gläubiger, wie aus anderen Gesetzstellen deutlich erhellet, wo das Wort GRATIFICATIO in dieser Bedeutung angetroffen wird [77]). Es ergiebt sich auch aus dem ganzen Zusammenhange der in dem Gesetze enthaltenen Frage, daß Scävola mit diesem Worte keine andere, als die von mir angegebene Bedeutung verbinden wollen.

Joseph Fernandez de Retes [78]), der beste Ausleger dieses Gesetzes, welchem noch in neuern Zeiten vorzüglich Herr Geheimer Justizrath Walch [79]) gefolgt ist, nimmt an, daß die Entscheidung dieses Gesetzes auf den darin enthaltenen Fall eingeschränkt werden müsse, und den Gläubigern nicht indistincte die Paulianische Klage zu gestatten sey, wenn ein Gläubiger, vermöge einer besondern Begünstigung des Schuldners die Zahlung erhalten habe, um solche zu revociren; indem der Rechtsgelehrte Scävola bey seiner Entscheidung, auf besondere nur auf den vorliegenden Fall passende Gründe Rücksicht genommen habe. Allein, diese Meinung läßt sich meiner Einsicht nach, um deswillen nicht rechtfertigen, weil kein Grund abzusehen ist, warum das, was von den Pupillen als Erben des Schuldners gilt, nicht auch von dem Schuld-

ner selbst gelten soll, dessen Person doch der Erbe repräsentirt. Ueberdies beruht die Entscheidung des Scävola in diesem Gesetze, nicht auf besondere, nur auf den vorgetragenen Fall anpassende Gründe; sondern es liegt vielmehr bey dieser Entscheidung ganz allgemein die Billigkeit zum Grunde. Es schien dem Rechtsgelehrten unbillig, daß ein Gläubiger mit Hintenansetzung der anderen, von den Vormündern des Pupillen begünstiget werden sollte, und daher verstattete er den anderen Gläubigern die Paulianische Klage. Zu allem diesen kommt noch hinzu, daß derjenige Schuldner, welcher die Absicht, einen Gläubiger vorzüglich zu begünstigen, blicken läßt, die gute Meinung von sich entfernt, welche sonst die Gesetze von dem Zahlung leistenden Schuldner haben, und sich höchst verdächtig macht, daß er die übrigen Gläubiger habe hintergehen wollen. Redet also gleich Scävola hier von einem besondern nur den Pupillen betreffenden Fall, so kann doch vermöge der Analogie diese Entscheidung weiter ausgedehnt, und der allgemeine Grundsatz aufgestellet werden: daß wenn der Schuldner einem Gläubiger vor entstandenem Concurse aus besonderer Begünstigung Zahlung geleistet, und die anderen Gläubiger ausdrücklich hintenangesetzet hat, von diesen die geleistete Zahlung mittelst der Paulianischen Klage zurückgefordert werden könne. Und dieser Ausdehnung stimmen nicht nur die angesehensten Rechtslehrer bey [80]), sondern es wird auch selbige von dem Gerichtsbrauch bestätiget.

73) *L.* 21. *D. de peculio.*

74) Dahin gehört zum Beyspiel die Interpellation, Ausübung des Retentions-Rechts, Arrest-Anlegung und dergleichen gesetzliche Mittel mehr.

75) *L.* 13. *D. quod met. causa. L.* 7. *C. unde vi.*

76)

76) Hat jedoch der Schuldner dem Gläubiger eine Sache an Zahlungsstatt hingegeben, die einem anderen Gläubiger verpfändet war, so kann dieser mittelst der hypothekarischen Klage die Sache zurückfordern. Denn wenn gleich die Verpfändung die Befugniß des Schuldners, die verpfändete Sache zu alieniren, nach *L.* 12. *C. de distractione pignorum* nicht aufhebt, so geht doch das Pfandstück mit seiner Last auf jeden Besitzer über. Ein hypothekarischer Gläubiger fordert daher die ihm verpfändete Sache indistincte zurück, wenn sie einem chirographarischen an Zahlungsstatt von dem Schuldner zugeschlagen war. Und eben so ein älterer hypothekarischer Gläubiger, wenn sie einem jüngeren an Zahlungsstatt hingegeben ist. LEYSER Meditat. ad Pandect. *Spec.* 495. *Medit.* 4. Hat der Gläubiger die ihm an Zahlungsstatt gegebene Pfandsache bona fide consumirt, so können alsdann die Pfand-Gläubiger nicht weiter sich an ihn halten. Vergleiche *Gottlob Euseb.* OELTZE in der D. de Creditore sibi vigilante. *Iena* 1770. §. 32.

77) *L.* 4. *D. ad Sct. Trebell. L.* 27. §. 14. *D. ad legem Iuliam de adulteriis. L. ult. D. de Religiosis.*

78) Opusculorum *libro* 3. *ad L.* 24. *D. quae in fraudem Creditorum* in *Gerhard* MEERMANNI Thesaur. Iuris civilis et canonici *pag.* 185.

79) In der D. de iure prioritatis, in fraudem aliorum Creditorum impetrato. *Iena* 1790. §. 16.

80) David Georg Struben, rechtliches Bedenken. Theil 1. *Nr.* 105. WERNHER in selectis observationib. forensib. *Vol.* 2. *Observ.* 147. *Samuel* STRYCK in cautel. contractuum. *Sect.* 4. *Cap.* 1. §. 10. RHETIUS in der D. de non gratificando. *P.* 1. *Cap.* 2. Oelze a. a. O. §. 25. Gmelin, vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 19.

§. 104.

Fortsetzung.

Aber wenn kann man nun sagen: der Schuldner habe bey der Zahlung den Gläubiger, welchem er solche leistete, mit Hintenan-

setzung der übrigen Gläubiger begünstigen wollen? Diese Frage entscheidet Scävola nicht, auch ist sie in keinem anderen Gesetze entschieden, und muß daher aus der Natur der Sache ihre Entscheidung erhalten. Bey dieser Entscheidung muß, wie ich dafür halte, nicht auf die besondere Zuneigung des Schuldners etwa gegen einen, oder den andern Gläubiger, allein, Rücksicht genommen werden, sondern auch zugleich darauf, ob eine wirkliche Zurücksetzung der übrigen Gläubiger vorhanden ist. Ich will mich bemühen durch Regeln zu bestimmen, wenn ehe wegen einer solchen schuldnerischen Begünstigung, den übrigen Gläubigern die Paulianische Klage zur Revocation der einem Gläubiger geleisteten Zahlung zugestanden, und wenn eher sie demselben wegen nicht vorhandener Gratifikation abgesprochen werden muß.

I. Wenn kein Gläubiger auf seine Zahlung dringt, oder wachsam ist, so kann vor entstandenem Concurse der Schuldner zahlen, wem er von seinen Gläubigern will, sollte es auch kurz vor dem Ausbruche des Concurses geschehen, und thut er dieses, so können die anderen die Zahlung nicht revociren. Denn einmal muß doch der Schuldner einem zuerst Zahlung leisten, und steht die Wahl dabey in seinem Belieben, weil so lange, als der Concurs noch nicht ausgebrochen ist, noch kein Prioritätsrecht unter den Gläubigern gedacht werden kann. Es können auch zweytens die anderen Gläubiger hier nicht vorwenden, daß sie von dem Schuldner zurückgesetzt worden sind, indem eine Zurücksetzung erfordert, daß mehrere sich um etwas ausdrücklich bewerben, und einer dem andern vorgezogen, und ihm solches mit Ausschließung desselben gereicht wird; dies aber hier in Ansehung der anderen Gläubiger nicht gesagt werden kann. Wollten daher auch die anderen

Gläu-

Gläubiger beweisen, daß der Schuldner bey der geleisteten Zahlung die Absicht gehabt habe, von diesem Gläubiger die Unannehmlichkeiten des bevorstehenden Concurses abzuwälzen, oder ihm zu seiner Bezahlung zu verhelfen, weil er vielleicht beym Concurse selbst, nichts erhalten möchte, so kann ihnen doch nicht die Paulianische Klage gestattet werden, weil nicht alle zur Gratification erforderlichen Eigenschaften vorhanden sind.

II. Wenn ein Gläubiger auf seine Zahlung dringt, die anderen hingegen nicht, und ihm nun der Schuldner Zahlung leistet, so findet keine Revocation mittelst der Paulianischen Klage von Seiten der übrigen Gläubiger statt, weil hier an gar keine Gratification zu denken ist; es wäre denn, daß der Schuldner mit diesem Gläubiger colludirt hätte, welches aber, wie sich schon ohne meine Erinnerung versteht, nicht vermuthet werden kann, sondern von den Gläubigern bewiesen werden muß. Eine solche Collusion würde vorhanden seyn, wenn der Schuldner dem Gläubiger von seinem Vermögenszustande heimlich Nachricht gegeben, und ihn zur Wachsamkeit, um die übrigen Gläubiger zu hintergehen, aufgemuntert hätte.

III. Wenn mehrere Gläubiger auf ihre Bezahlung dringen, und der Schuldner diejenigen befriediget, welche ihm am mehrsten zusetzen, so können die andern ebenfalls wachsamen Gläubiger die geleistete Zahlung nicht anfechten, indem sich hier auf Seiten des Schuldners kein animus gratificandi um deswillen annehmen läßt, weil jeder Schuldner bemühet ist, sich diejenigen Gläubiger am ersten vom Halse zu schaffen, welche ihn wegen der Leistung der Bezahlung am meisten ängsten.

IV.

IV. Wenn einige Gläubiger des Schuldners auf ihre Bezahlung dringen, der Schuldner sie aber unbezahlt läßt, und einen anderen Gläubiger, welcher gar nicht auf seine Bezahlung drang, oder wachsam war, befriediget, so können diese Gläubiger solche von dem Schuldner geleistete Zahlung mit der Paulianischen Klage anfechten und revociren, indem aus der ganzen Vorkommenheit die Absicht des Schuldners, den Gläubiger, welchem er Zahlung leistete, mit Hintenansetzung der andern Gläubiger zu begünstigen erhellt. Es würden auch in solchem Fall die Gläubiger der Führung des Beweises überhoben werden müssen, daß der Schuldner die Absicht denjenigen Gläubiger, welchem er Zahlung leistete, zu begünstigen gehabt habe, indem das Faktum selbst, solches schon deutlich genug an den Tag legt. Eben dies ist

V. der Fall, wenn mehrere Gläubiger gleich stark auf ihre Bezahlung angedrungen, oder zu gleichen maßen wachsam gewesen sind, der Schuldner aber einen von ihnen vorgezogen und demselben Zahlung geleistet hat. Hier können die anderen mitwachenden Gläubiger die geleistete Zahlung revociren. Denn wollte hier der Schuldner ohne Gratification zu Werke gehen, so mußte er diesen gleich stark wachenden Gläubigern allen, pro rata zahlen. Endlich

VI. Wenn mehrere Gläubiger auf ihre Bezahlung dringen, allein nicht alle gleich stark andringen, oder wachsam sind, sondern sich verschiedene Grade der Wachsamkeit in Ansehung ihrer annehmen lassen, so kann die Revocation desjenigen was einem, oder mehrern von ihnen ist bezahlt worden, so oft geschehen, als der Schuldner

nicht

nicht die gradus vigilantiae beobachtet, sondern einen Nachläßigeren dem Wachsameren vorgezogen hat, in welchem Fall jedoch nur diesem immer ausschließlich das ius revocandi zuständig ist [81]).

Ob der Gläubiger, welcher vermöge einer vorzüglichen Begünstigung des Schuldners vor entstandenem Concurse Zahlung erhalten hat, mit um diese Absicht des Schuldners wissen müsse? ist in den Gesetzen nicht entschieden. Oeltze [82]) behauptet solches aus dem Grunde, weil die Zahlung einen Titulus onerosus zum Grunde führe, und wenn die Paulianische Klage gegen Jemand angestellet werden soll, welcher titulo oneroso etwas von dem Schuldner erhalten hat, immer dazu erfordert werde, daß er sich des von dem Schuldner begangenen Betrugs theilhaftig gemacht habe. Allein, kann gleich auf Seiten des Gläubigers der Empfang der Zahlung, nicht wie eine causa lucrativa angesehen werden, so kann sie jedoch auch hier von Seiten des Schuldners nicht wie eine Translatio titulo oneroso facta angenommen werden, indem ein titulus onerosus, wie ich oben gezeigt habe, voraussetzt, daß von dem Empfänger etwas dagegen geleistet, oder übernommen wird, und dies hier nicht der Fall ist, wo der Gläubiger das dem Schuldner angeliehene Geld nur blos entgegen nimmt. Diesem zu folge muß die geleistete Zahlung so angesehen werden, als wenn titulo lucrativo etwas auf den Gläubiger gekommen ist, mithin ist es nicht nöthig, daß der Gläubiger mit um die Absicht des Schuldners gewußt haben müsse, sondern die geschehene Gratification allein, berechtiget die übrigen Gläubiger, nach den vorhin angegebenen Grundsätzen, mit der Paulianischen Klage die geleistete Zahlung zurückzufordern. Diese meine Behauptung wird nicht nur durch den oben angeführten *L. 24. D. quae in fraudem Creditorum* bestärkt, wo die Gratification ganz allein als hinlänglicher Grund zur Revocation angenommen wird, sondern auch durch die

Analogie des *L. 6. §. 7. D. quae in fraudem Creditorum* [83]) so hinlänglich unterstützt, als daß ich sie blos für gewagt halten sollte.

81) Ganz kurz faßt Emelin a. a. O. §. 19. diese Lehre folgender Gestalt. „Ueberhaupt (sagt er) sind hier drey Fälle möglich, welche diese ganze Lehre umfassen. Entweder hat der Schuldner einen Gläubiger bezahlt, der am meisten unter allen gewacht und am meisten auf seine Bezahlung gedrungen hat; oder er hat einen befriediget, der im gleichen Grad mit den übrigen wachsam gewesen ist, oder endlich, er hat den vorgezogen, der unter den Gläubigern der saumseligste war. Im ersten Fall, können die übrigen Gläubiger die bezahlte Summe nicht mehr zurückfordern, auf den zweyten und dritten Fall aber, kann die Paulianische Klage mit gutem Grund angewendet werden.

82) a. a. O. §. 26.

83) Nach diesem Gesetz wird es überhaupt dem Gläubiger nicht zur Last gelegt, wenn er seine Bezahlung entgegen nimmt, obgleich er weiß, daß das Vermögen des Schuldners unzureichend ist, alle dessen Gläubiger zu befriedigen, mithin leicht einsehen kann, daß vielleicht, die ihm geleistete Bezahlung anderen Gläubigern, die bessere Rechte haben, nachtheilig seyn möchte. Nimmt man hier die Analogie zur Hülfe, so kann man es dem Gläubiger eben so wenig imputiren, wenn er seine Bezahlung entgegen nimmt, obgleich er weiß, daß der Schuldner ihn besonders begünstigen will. Der Grund, warum den Gläubigern hier die Paulianische Klage gestattet wird, ist warlich kein anderer, als dieser, weil man es für unbillig hielt, daß sie durch eine unerlaubte Gratification des Schuldners zu kurz kommen sollten, ohne daß man darauf Rücksicht nahm, ob der Gläubiger, der von dem Schuldner begünstiget wurde, mit um diese Begünstigung wußte, oder nicht.

§. 105.

Fortsetzung.

Wir kommen nun B) auf den Fall, wo der Schuldner vor ausgebrochenem Concurse einem seiner Gläu-

Gläubiger ein Pfandrecht verliehen hat, um denselben wegen seiner Forderung desto mehr zu sichern, und wollen auch hier untersuchen, in wie ferne den übrigen Gläubigern zur Revocation dieser Handlung des Schuldners die Paulianische Klage zuständig sey. Dieser Punct ist um so wichtiger, als täglich Fälle vorkommen, wo die Gläubiger, wenn ein Concurs bevorsteht, sich wegen ihrer Forderungen zu sichern bemühet sind, und sich daher von dem Schuldner dingliche Rechte verleihen lassen, wenn sie sich auch vorher mit einer bloßen Handschrift des Schuldners begnüget haben.

Da der Schuldner vor entstandenem Concurse uneingeschränkter Herr seines Vermögens ist, und einem Gläubiger, sobald er sich nur keiner Gratification schuldig macht, gültig Zahlung leisten kann, so läßt sich auch kein Grund absehen, warum er nicht eben so gut einem seiner Gläubiger ein Pfandrecht sollte zugestehen können, wenn auch diese Concession zu einer Zeit geschieht, wo bereits der Concurs bevorsteht; ohne Unterschied, dieses Pfandrecht möge einem schon vorhandenen, bis dahin blos chirographarischen Gläubiger bestellet werden, oder einem Gläubiger, welchen er eben jetzt erst erhält. In dem römischen Recht finden sich jedoch, was die einem chirographarischen Gläubiger, von dem Schuldner erst nachher geschehene Bestellung eines Pfandrechts anbetrifft, verschiedene Gesetze, welche den übrigen Gläubigern das Recht zugestehen, solche Bestellung des Pfandrechts zu ernichten, wenn nemlich dasselbe ihnen nach entstandenem Concurse wegen ihrer Befriedigung nachtheilig werden sollte. Ich will diese Gesetze zuförderst hersetzen, und dann den wahren Sinn derselben zu entwickeln mich bemühen.

L. 10. *§.* 13. *D. quae in fraudem Creditorum.* Si cui solutum quidem non fuerit, sed *in vetus Creditum* pignus acceperit: hac actione tenebitur, ut est saepissime constitutum.

L. 13. *D. eod.* Illud constat, eum, qui pignus tenet, hac actione non teneri: suo enim iure, et ut pignus, non rei servandae causa, possidet.

L. 22. *D. eod.* Cum *in vetus creditum* unus Creditor pignora accepisset. Quaero, an in fraudem caeterorum Creditorum factum nullius momenti esset? Respondit, Creditorem, non id circo prohibendum, a persecutione pignorum, quod *in vetus creditum*, ut obligaretur, pactum esset: nisi id *in fraudem caeterorum Creditorum* factum sit, et ea via iuris occuratur, qua Creditorum fraudes rescindi solent.

In den hier wörtlich angeführten Gesetzen, herrscht beym ersten Anschein ein offenbarer Widerspruch. In dem ersten Gesetz, welches aus dem *lib.* 73. des Ulpians ad Edictum genommen ist, wird ausdrücklich gesagt, daß wenn einem Gläubiger wegen einer schon vorher contrahirten Schuldforderung [84]) ein Pfandrecht vom Schuldner ist verliehen worden, die übrigen Gläubiger solches mittelst der Paulianischen Klage umzustoßen berechtiget seyn sollen. In dem zweyten Gesetz, welches aus dem *lib.* 68. des Paulus *ad Edictum* genommen ist, wird die Erwerbung eines solchen Pfandrechts hingegen indistincte für gültig erklärt. Nach dem dritten Gesetz, welches aus dem *lib.* 5. *Responsorum* des Scävola genommen ist, sollen die übrigen Gläubiger, das einem Gläubiger auf seine bereits schon vorhandene Schuldforderung bestellte Pfandrecht nur dann anzufechten berechtiget seyn, wenn solche Bestellung von dem Schuldner in der Absicht geschehen ist, um sie dadurch zu hintergehen, und ihnen diesen Gläubiger vorzuziehen.

Leyser [85]) glaubt diese anscheinend widersprechende Gesetze dadurch zu vereinbaren, daß er behauptet, Scävola habe in dem *L.* 22. *D. quae in fraudem Creditorum* den vorher dieses Puncts halber obwaltenden Dissens zwischen

schen der Entscheidung des Ulpians, und Paullus dadurch entschieden, daß er zwischen einer betrügerischen und nicht betrügerischen Verpfändung des Schuldners einen Unterschied gemacht, und im ersteren Fall, nicht aber in dem letzteren, den Gläubigern die Paulianische Klage gestattet habe. Allein dieses kann um deswillen nicht richtig seyn, weil Scävola lange vor dem Ulpian lebte, mithin dessen Grundsätze ihm unbekannt seyn mußten. Vielmehr ist es höchst wahrscheinlich, daß Ulpian bey seiner Entscheidung im *L.* 10. *§.* 13. *D. quae in fraudem Creditorum* den Scävola vor Augen gehabt hat, indem er sich dessen Worte — in vetus creditum zu eigen macht. Diese Vermuthung gewinnt dadurch noch mehr Gewicht, daß Ulpian den Scävola immer sehr schätzte, und seine Meinung in sehr vielen Gesetzstellen überaus lobt und empfiehlt [86]). Sehr wahrscheinlich ist es daher, daß Ulpian bey seiner Entscheidung im *L.* 10. *§.* 13. *D. quae in fraudem Creditorum* die Distinction, welche Scävola im *L.* 22. *eod.* macht, vor Augen gehabt habe, und seine Entscheidung nur blos den Fall unterstelle, wo der Schuldner einem chirographarischen Gläubiger wegen seiner Anforderung ein Pfandrecht, in der Absicht, um die übrigen Gläubiger dadurch zu betrügen, verliehen hatte. Diese Behauptung gewinnt dadurch noch mehr Stärke, daß in dem ganzen *L.* 10. *D. quae in fraudem Creditorum* immer der Fall der betrügerischen Absicht des Schuldners theils ausdrücklich, theils stillschweigend vorausgesetzt wird [87]). Es würde sich auch im entgegengesetzten Fall, diese Entscheidung des Ulpians nicht mit derjenigen vereinbaren lassen, welche von eben diesem Rechtsgelehrten herrührt, und im *L.* 2. *D. quae in fraudem Creditorum* enthalten ist, wo er sagt: idem erit probandum, et si pignora liberet; VEL QUEM ALIUM IN FRAUDEM CREDITORUM PRAEPONAT [88]). Denn daß der Text des *L.* 10. *§.* 13. *D.*

quae in fraud. creditor., wie einige Rechtslehrer glauben, fehlerhaft sey, und durch die Nachläßigkeit der Abschreiber, wie bey sehr vielen Gesetzen der Pandecten der Fall ist, die Verneinungs-Particul weggelassen worden, läßt sich nicht annehmen, indem dieses Gesetz mit denselben Worten nicht nur in dem Florentinischen Manuscript der Pandecten, sondern auch in den Basilicis gefunden wird; dahingegen die Conjectur, daß Ulpian einen Theil der Worte des Scävola hier wiederholen wollen, auf allen Seiten gewinnt. Vereinbaret man auf diese Weise die oben angeführten, einander widersprechenden Gesetze, so ergiebt sich daraus folgendes Resultat: Die Gläubiger können das einem aus ihrem Mittel vor ausgebrochenem Concurse von dem Schuldner constituirte Pfandrecht, nicht mit der Paulianischen Klage anfechten und vernichten, den einzigen Fall ausgenommen, wo nemlich ein vorher chirographarischer Gläubiger sich erst hernach von dem Schuldner hat ein Pfandrecht bestellen lassen, und diese Bestellung in der böslichen Absicht von dem Schuldner geschehen ist, diesen Gläubiger den anderen vorzuziehen, und ihnen ihre Befriedigung zu schmälern.

So weit von der gesetzlichen Entscheidung. Jetzt kommen wir auf die Erörterung zweyer sehr wichtiger Fragen, wovon die erste diese ist: Muß jene gesetzliche Entscheidung blos auf den Fall eingeschränkt werden, wenn ein Schuldner, einem bisher chirographarischen Gläubiger erst nachher betrüglicher Weise ein Pfandrecht verliehen hat, oder kann solche auch auf jeden Fall ausgedehnt werden, wo der Schuldner einem seiner schon vorhandenen Gläubiger überhaupt ein Vorzugsrecht (ius prioritatis) [89]) in der Absicht verlieh, um die übrigen Gläubiger dadurch zu kränken, und ihnen diesen vorzuziehen? Ich glaube, allerdings.

Denn

Denn unterstellt gleich die gesetzliche Entscheidung blos einen chirographarischen Gläubiger, welchen der Schuldner auf seine bereits schon vorhandene Forderung betrügerischer Weise ein Pfandrecht verlieh, so ist doch nicht abzusehen, warum diese Entscheidung nicht auf andere Fälle ausgedehnt werden soll, wo der Schuldner betrügerischer Weise einem schon vorhandnen Gläubiger ein Vorzugsrecht beygelegt hat. Daß in der Entscheidung des Scävola nur blos ein chirographarischer Gläubiger unterstellt wird, kommt lediglich daher, weil diese Entscheidung aus seinen libris responsorum genommen ist, wo dieser Rechtsgelehrte auf ihm vorgelegte Rechtsfragen Antwort ertheilte. Ueberdem vermochten diesen Rechtsgelehrten zu seiner Entscheidung, wie aus der ganzen so deutlichen Darstellung des Factums erhellt, nicht besondre Gründe, welche die weitere Ausdehnung nicht gestatten würden, sondern er wurde dazu durch die Billigkeit bewogen, damit die übrigen Gläubiger durch solche betrügerische Handlung des Schuldners keinen Nachtheil empfinden möchten [90]).

84) Die Worte, in *vetus creditum* wollen hier weiter nichts andeuten, als eine schon vorhandene Schuldforderung, ehe noch das Pfandrecht bestellt wurde. Denn wird gleich in verschiedenen Gesetzstellen das Wort *vetus* von etwas gebraucht, was sich vor langer Zeit, wenigstens vor 10 und 20 Jahren zugetragen hat, so findet man dagegen in anderen Gesetzstellen sehr häufig, daß es auch von dem gebraucht wird, was sich kurz vorher zugetragen hat, ehe noch dasjenige geschah, worauf es sich beziehen soll. So nennt z. B. Papian im *L.* 97. *D. de solut.* jeden vorhergehenden Contract in Beziehung auf denjenigen, wovon gegenwärtig die Rede ist, einen *contractum vetustiorem.* Mehrere Beyspiele, wodurch sich diese Behauptung bestätiget, sehe man bey *Barnabas* BRISSONIUS de verbor. significatione *lib. XIX. pag.* 1549. und *Iohann* WUNDERLICH in additamentis ad *Barnab. Brissonii opus de verbor. significatione* vocabulo *vetustus p.* 103. Wollte man die Worte des Gesetzes, *in vetus creditum*, von einer bereits vor vielen Jahren contrahir-

ten Schuld verstehen, so würde sich gar kein richtiger Grund der Entscheidung auffinden lassen, indem nicht abzusehen ist, warum hier von einer kurz zuvor contrahirten Schuldforderung nicht eben dasjenige gelten soll, was von einer lange zuvor contrahirten gilt.

85) in Meditat. ad Pandect. *Spec.* 495. *Medit.* 7.

86) Vergleiche L. 6. *D. de his qui sui vel alien. iur. sunt.* L. 1. §. 4. *D. quando dies usufr. legati cedat.* L. 17. *D. de reb. credit.* L. 2. §. 3. *D. de eo quod certo loco.* L. 1. §. 8. *D. quando de pecul. actio poenal. est.* L. 12. §. 1. und L. 43. *D. de Iure dot.* und unzählige andere Gesetze mehr.

87) *Iul.* PACIUS *centur. X.* Ἐναντιοφανων, *p.* 714.

88) Vergleiche *Carl Friedrich* WALCH D. de iure prioritatis in fraudem aliorum Creditorum impetrato §. 11.

89) Hieher gehört vorzüglich der Fall, wo der Schuldner das einem Gläubiger zugestandne Privat-Pfandrecht in ein öffentliches Pfandrecht verwandelt.

90) Wenn ich hier ein Gesetz, das ein Responsum eines römischen Rechtsgelehrten enthält, ausdehnend erkläre, so muß ich mich gegen Herrn Hofrath Glück in seiner Erläuterung der Pandecten 1 Th. S. 258. rechtfertigen, welcher nebst anderen daselbst angeführten Rechtslehrern behauptet, daß solches nicht angehe, indem sich die in solchen Gesetzen enthaltene Entscheidungen auf lauter einzelne Anfragen, und vorgelegte besondere Rechtsfälle, deren Umstände uns meistentheils unbekannt wären, bezögen. Ich muß gestehen, daß ich die Allgemeinheit dieser Behauptung nicht einsehen kann, sondern sie nur dann für richtig halte, wenn der Rechtsfall so kurz vorgetragen ist, daß man nicht auf den wahren Grund der Entscheidung kommen kann. Hier ist aber alles so deutlich entwickelt, daß man den Grund, welchen Scävola sich zur Entscheidung bedient, gleichsam mit Händen greifen kann. Machte sich nun diesen Justinian zu eigen, warum sollte man denn das Gesetz nicht eben so, wie andere Gesetze, weiter ausdehnen können, da es nach den Regeln von der ausdehnenden Erklärung solche zuläßt?

§. 106.

Fortsetzung.

Da nach der Entscheidung der Gesetze, das einem Gläubiger, auf seine schon vorhandene Forderung von dem Schuldner zugestandne Pfand- oder anderweitiges Vorzugsrecht, von den übrigen Gläubigern nur auf den Fall, mit der Paulianischen Klage, angefochten werden kann, wenn der Schuldner dabey die betrügliche Absicht gehabt hat, die übrigen Gläubiger zu hintergehen, diese betrügerische Absicht aber um so weniger vermuthet werden kann, als jeder Schuldner nur darauf bedacht zu seyn pflegt, die Gläubiger so viel als möglich aufzuhalten, und an die Erregung des Concurses zu behindern, so ist nichts natürlicher, als daß die Gläubiger davon den Beweis zu führen angehalten werden müssen. Eine Ausnahme hiervon giebt es jedoch alsdann, wenn bey dieser schuldnerischen Handlung eine Gratification concurrirt, wo alsdann nur die Gläubiger solche darzuthun nöthig haben, indem die überwiesene Gratification den Schuldner schon eines begangenen Betrugs hinlänglich verdächtig macht. Ein merkwürdiges Beyspiel führt Leyser [91]) davon an. Es hatte nemlich ein Gläubiger dem Schuldner sehr zugesetzt, daß er ihm wegen seiner Forderung ein Pfandrecht an seinem Vermögen bestellen möchte. Der Schuldner willigte auch endlich hierin, begab sich aber den Tag zuvor mit seiner Ehefrau und Schwiegermutter ins Gericht, und verpfändete diesem seine Güter, damit sie bey dem zu befürchtenden Concurse ein Vorzugsrecht vor dem Gläubiger, welchem er den Tag hernach sein Vermögen verpfändete, erhalten möchten. Hier erkannten nach ausgebrochenem Concurse die Helmstädtischen Rechtsgelehrten, daß demohnerachtet der Gläubiger, der Ehefrau und Schwiegermutter des Schuldners in der Befriedigung vorgezogen werden sollte.

In den Gesetzen ist zwar mit keinem Worte entschieden, daß wenn der Schuldner sich bey der Verleihung eines Pfand-, oder anderweitigen Vorzugsrechts einer Gratification schuldig macht, die hintenangesetzten Gläubiger solche umzustoßen berechtiget seyn sollen; allein ich sehe nicht ein, warum die Verordnung des *L.* 24. *D. quae in fraudem Creditorum* auch nicht hier analogisch angewendet werden soll, zumal da die Verleihung eines Vorzugsrechts dem Gläubiger bey entstehendem Concurse sehr häufig eben so vortheilhaft ist, als die wirklich vor entstandenem Concurse ihm von dem Schuldner geleistete Zahlung, mithin den anderen Gläubigern eben so nachtheilig seyn muß.

91) in Medit ad Pandect. *Spec.* 495. *medit.* 8.

§. 107.

Fortsetzung.

Wir kommen jetzt auf eine zweyte hieher gehörige Frage, welche diese ist: Ist es auf den Fall, wenn einem Gläubiger von dem Schuldner ein Pfand- oder anderes Vorzugsrecht in der Absicht, um die anderen Gläubiger dadurch zu betrügen, gestattet worden, um diesen betrogenen Gläubigern die Paulianische Klage zu verleihen, nothwendig, daß ein solcher Gläubiger mit um den Betrug des Schuldners gewußt habe. Ich glaube dieses nicht, denn 1) sagen die Gesetze hiervon nichts, und dann 2) liegt bey der Erwerbung des Pfand- oder Vorzugsrechts, kein titulus onerosus zum Grunde, wie aus dem ersichtlich ist, was ich oben vom titulus onerosus, und lucrativus angemerkt habe [92]); mithin ist es auch, um die Paulianische Klage gegen ihn anstellen zu können, nicht nöthig, daß er um die betrügerische Absicht des Schuldners gewußt habe.

Woll-

Wollte man behaupten, daß, um den übrigen Gläubigern hier die Paulianische Klage zu gestatten, auf Seiten des begünstigten Gläubigers erforderlich sey, daß er mit um die betrügerische Absicht des Schuldners gewußt habe, so würde man nur einen einzigen Fall annehmen können, wo sie, das demselben verliehene Pfand- oder Vorzugsrecht anzufechten, im Stande wären; nemlich den, wo dieser Gläubiger mit dem Schuldner deshalb zuförderst eine ausdrücklich betrügerische Unterhandlung gepflogen hat; indem das, was dem dritten Acquirenten, nach der oben entwickelten Theorie, präjudicirlich ist, gegen den Gläubiger nicht angewendet werden kann. Denn so wird es ja 1) einem Gläubiger nicht verdacht, wenn er sich vor entstandenem Concurse, von dem Schuldner Zahlung leisten läßt, und solche durch gesetzliche Mittel zu erhalten sucht, obgleich er weiß, daß die anderen Gläubiger dadurch eine Läsion empfinden werden. Es kann ihm also, nach aller richtigen Analogie auch nicht verdacht werden, wenn er den Schuldner dazu zu bringen sucht, ihm auf seine Forderung ein Pfand- oder Vorzugsrecht zu verleihen, obgleich er weiß, daß der Concurs nahe ist, und dadurch die anderen Gläubiger zu kurz kommen werden. Ferner 2) da die Gesetze überhaupt den Gläubiger, der etwas von dem Schuldner entgegen nimmt, so sehr begünstigen, sobald nur solches auf seine Forderung Beziehung hat, und nie von ihm eine betrügliche Absicht, sondern immer dies vermuthen, daß er sich blos nur zu decken gesucht habe, so kann es ihm eben so wenig imputirt werden, wenn er gleich wußte, daß der Schuldner ihn vorzüglich begünstigen wollte, und doch das Pfand- oder Vorzugsrecht sich bestellen ließ, als wenn er wußte, daß der Schuldner insolvent war, und doch die Zahlung entgegen nahm. Alles also, was die Gläubiger nur beweisen dürfen, um einen dritten Acquirenten im bösen

Glauben zu versetzen, würde ihnen hier nichts helfen, sondern es würde von ihnen eine ausdrückliche Collusion dieses Gläubigers mit dem Schuldner bewiesen werden müssen. Wie wenig aber würde bey diesen so klaren Grundsätzen der Vortheil für die übrigen Gläubiger erreicht werden, welchen doch die Gesetze dabey beabsichtigen, wenn sie in den oben entwickelten Fällen den anderen Gläubigern erlauben, das einem Gläubiger verliehene Pfand- oder Vorzugs-Recht mit der Paulianischen Klage anzufechten.

Aus diesen Grundsätzen ergiebt es sich nun von selbst, wie sehr diejenigen Rechtslehrer [93]) irren, welche behaupten, daß jedes einem Gläubiger vor ausgebrochenem Concurse auf seine bereits vorhandene Forderung verliehenes Pfand- und sonstiges Vorzugsrecht, von den übrigen Gläubigern, mittelst der Paulianischen Klage angefochten werden könne, sobald nur dieser Gläubiger mit Gewißheit gewußt, daß der Schuldner nicht mehr allen seinen Gläubigern Zahlung zu leisten im Stande ist. Denn sobald der Schuldner selbst einer betrügerischen Absicht nicht überführt werden kann, so ist ohnehin von der Paulianischen Klage gar kein Gebrauch zu machen, weil diese die betrügerische Absicht des Schuldners, wie ich oben erwiesen habe, als Conditio sine qua non unterstellt [94]). — Und eben so irrig ist die Meinung derjenigen Rechtslehrer [95]), welche dafür halten, daß mittelst der obigen Grundsätze, allen Gläubigern, welche mit dem Schuldner zu einer Zeit contrahirten, oder sich denselben verbindlich machten, wo sie wußten, daß derselbe schon unzahlfähig war, ihr erlangtes Vorzugsrecht abgesprochen werden müsse, und von den übrigen Gläubigern mit der Paulianischen Klage umgestoßen werden könne, indem hier ja gar nicht die Erfordernisse zu derselben vorhanden sind; es wäre denn, daß der Schuldner mit ihnen dahin colludirt hätte, daß er ihnen gegen eine

ihm zu machende Anleihe, ein solches Vorzugsrecht gestatten wollen, wodurch sie anderen bereits vorhandenen Gläubigern in dem Concurse vorgezogen werden müßten [96]).

92) Das Gegentheil behauptet Walch in der D. de iure prioritatis in fraudem aliorum creditorum impetrato §. 15.

93) *Fried.* A SANDE Decis. Frisicar. *lib.* 3. *Tit.* 12. *Def.* 1.

94) So allgemein richtig auch dieser Grundsatz nach den Gesetzen ist, so glaube ich jedoch, daß auf dem Fall, wenn zwar der Schuldner sich keines Betrugs schuldig gemacht hat, ein Gläubiger aber die anderen Gläubiger überlistete, und so ein Vorzugsrecht erhielt, diesen die Paulianische Klage zur Zernichtung desselben gestattet werden müsse, weil einem solchen Gläubiger sonst sein Betrug zu statten kommen, und er aus demselben Vortheile erhalten würde, die Gesetze aber verordnen, daß Niemanden sein begangener Betrug Vortheile verschaffen soll. Stimmt gleich diese Behauptung nicht völlig mit den ächten Grundsätzen von der Paulianischen Klage überein, so läßt sie sich doch sehr gut aus den Worten des Scävola im *L.* 22. *D. quae in fraudem Creditorum:* „nisi id in fraudem Creditorum caeterorum factum sit, et ea iuris via occuratur, qua CREDITORUM FRAUDES rescindi solent; „ vertheidigen, wo dieser Rechtslehrer deutlich anzeigt, daß auch der von einem Gläubiger begangene Betrug ihm nicht zu statten kommen soll, sobald er nur nach den obigen Grundsätzen, als ein wahrer Betrug angesehen werden kann. Hieher würde der Fall gehören, wenn ein Gläubiger, der sich von dem Schuldner eine Priorität hat ertheilen lassen, die übrigen Gläubiger durch allerhand Vorspieglungen und Ränke behindert hat, daß sie sich nicht eben dieses Vortheils bedienen können. Daß der Gläubiger vielleicht heimlich handelte, um keinem anderen Gläubiger Veranlassung zu geben, ihm zuvorzukommen, kann demselben nicht zur Last gelegt werden, weil dieses eine Folge der Wachsamkeit ist, welche nach den Gesetzen auf Seiten eines Gläubigers mehr gelobt, als getadelt wird. Gesetzt also ein Gläubiger brachte in Erfahrung, daß über seines Schuldners Vermögen ein Concurs bevorstehe, und suchte nunmehr heimlich von dem Schuldner ein Vorzugs-

recht

recht vor anderen Gläubigern zu erhalten, so kann dieses erhaltene Vorzugsrecht nicht von selbigen angefochten werden, so bald er ihnen nur nicht Hindernisse in den Weg legt, daß sie sich eben dieses Rechts nicht bedienen konnten.

95) *Andr.* GAIL. *lib.* 2. *Observ.* 84. *Bened.* CARPZOV *p.* I. *Const.* 28. *Def.* 84. und *lib.* 4. Responsorum *tit.* 3. *Respons.* 84. *Christ. Phil.* RICHTER de iure et prvilegiis Creditorum, *Disp.* 6. *p.* 183. *Dav.* MARVIUS Commentar. in ius lubecense, *lib.* 3. *tit.* I. *Art.* 9. *Nr.* 54. *August.* DE BALTHASAR de Classificatione Creditorum in Concursu *part.* 2. *Sect.* 2. *p.* 51. Diese Rechtslehrer gehen zum Theil sogar so weit, daß sie der Ehefrau beym Concurs ihres Ehemannes, das ihr nach den Gesetzen wegen ihres Eingebrachten zuständige Vorzugsrecht absprechen, wenn sie wissentlich einen verschuldeten Mann geheirathet hat.

96) Jac. Friedr. Ludovici Einleitung in den Concurs-Proceß S. 70. Chr. Gottl. Gmelin Ordnung der Gläubiger S. 181.

§. 108.

Von den Wirkungen der Paulianischen Klage.

Wir haben uns bisher mit den Erfordernissen der **Paulianischen Klage** und der Entwickelung der einzelnen Fälle beschäfftiget, in welchen sie statt finden kann. Jetzt müssen wir auch die Wirkungen betrachten, welche diese Klage, wenn sie mit Nachdruck von den Gläubigern gebraucht wird, hervorbringt. Diese lehrt **Ulpian** im *L.* 10. *§.* 22. *D. quae in fraudem Creditorum* besser, als wir sie zu entwickeln im Stande wären, wenn er sagt: **praeterea generaliter** sciendum est, *ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes. Ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset*, mithin uns zu erkennen giebt, daß die Wirkungen dieses Rechtsmittels völlig eben dieselben sind, als welche das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt

mit

mit sich bringt [97]). Hat also der Schuldner Jemanden ein dingliches Recht an seinem Vermögen verliehen, so wird dieses nunmehr zernichtet [98]), hat er ferner Jemanden eine Verbindlichkeit, womit dieser ihm verhaftet war, erlassen, so wird diese wiederum hergestellt und den Gläubigern davon Gebrauch zu machen erlaubt [99]), und hat er endlich eine zu seinem Vermögen gehörige Sache veräußert, so wird diese Veräußerung zernichtet, und muß die Sache **cum omni causa** von dem Empfangnehmer zurückgegeben werden. **Unter causa rei** werden hier alle Zubehörungen und Früchte der Sache verstanden, und was die Früchte insbesondere anbetrifft, nicht nur die zu der Zeit, wo die Restitution der Sache geschahe, annoch vorhandene Früchte, sondern auch diejenigen, welche während der Zeit, da der Empfangnehmer die schuldnerische Sache inne hatte, von ihm sind percipirt worden; indem die Wirkung des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand es mit sich bringt, daß etwas, was geschehen ist, so angesehen wird, als wenn es nie geschehen wäre. Deutlich lehrt dies **Ulpian** a. a. O., wenn er sagt: propter quod etiam *medii temporis commodum, quod quis consequeretur, liberatione non facta, praestandum erit* [100]). Dies ist auch der Grund, warum in Hinsicht auf die Restitution der Früchte, die **Paulianische Klage** im *L.* 38. *§.* 4. *D. de Usuris* der **Favianischen Klage** zur Seite gestellt wird, mittelst welcher nicht nur die zur Zeit der Restitution annoch vorhandene, sondern auch die vorher percipirten Früchte, zurückgefordert werden konnten. Zinsen können nach der Lehre eben dieses Rechtsgelehrten eigentlich nicht gefordert werden, es wäre denn, daß der Gegenstand der **Paulianischen Klage** eine von dem Schuldner erlassene Verbindlichkeit wäre, bey welcher Zinsen entweder ausdrücklich mit bedungen worden sind, oder wo auch die Verbindlichkeit aus einem Vertrage entsprungen war, welcher die Verbindlichkeit zur Zinsen-

Zahlung schon an und für sich selbst mit sich brachte. Dum usurae (heißt es am Ende des §. 22.) non praestentur, *si in stipulatum deductae non fuerunt; aut si talis contractus fuit, in quo usurae deberi poterunt, etiam non deductae* [1]).

Sonst ist noch bey der Paulianischen Klage, wenn mittelst derselben eine Sache, die der Schuldner auf Jemanden übertragen hat, zurückgefordert wird, ein grosser Unterschied, ob derselbe mit um die betrügliche Absicht des Schuldners wußte, mithin ein malae fidei possessor war, oder ob er nicht darum wußte, sondern als ein bonae fidei possessor betrachtet werden konnte. War derselbe 1) ein malae fidei possessor, so ist er schuldig und verbunden, die Sache unentgeldlich herauszugeben, und kann das, was er dagegen gegeben hat, nicht restituirt verlangen, es wäre denn, daß dasselbe noch unter dem Vermögen des Schuldners angetroffen würde [2]). Ja sollte er die Sache wiederum an einen andern überlassen haben, so kann von dem Gläubiger der Werth derselben von ihm gefordert werden, und auch wol gar das Interesse, wenn er die Sache betrüglicher Weise zu besitzen aufgehört hat. Was die Früchte anbetrifft, so geht es hier nach den allgemeinen Grundsätzen von der Restitution der Früchte, wozu ein Besitzer im bösen Glauben als schuldig von den Gesetzen erkannt wird, und vermöge welcher er nicht nur die annoch vorhandenen, sondern auch die consumirten — ja sogar auch die zu percipirenden Früchte, zu erstatten verbunden ist. Es kann hier auch der Unterschied nichts releviren; ob der Acquirent die Sache titulo oneroso, oder lucrativo empfing, indem die Gesetze auf diesen Umstand bey der Verbindlichkeit eines Besitzers im bösen Glauben nicht Rücksicht nehmen.

War hingegen 2) der Acquirent ein bonae fidei possessor, so ist er zwar schuldig und verbunden, die Sache zu restituiren, wenn sie sich noch bey ihm befin-

der,

det, keinesweges aber den Werth derselben, wenn er sie bona fide auf einen andern übertragen hat, es wäre denn, daß er sich dadurch bereichert hätte, wo er solches alsdann zurückzugeben verbunden ist [3]). Was die Restitution der Früchte anbetrifft, so restituirt er mit der Sache nur die vorhandenen Früchte, nicht aber die percipirten und consumirten [4]), es wäre denn, daß er sich dadurch bereichert hätte, welcher Grundsatz sich sehr gut mit der Lehre des **Ulpians**: *medii temporis commodum — praestandum erit*, vereinbaren läßt, wodurch nur verhütet werden soll, daß der Acquirent aus der betrüglichen Handlung des Schuldners, zum Schaden der Gläubiger, Vortheil gewinne [5]).

97) Vergleiche auch den §. 6. *I. de action.*

98) *L.* 2. *D. quae in fraud. credit.* zusammengehalten mit *L.* 1. *eod.* Eben das gilt von dem, einem Gläubiger verliehenen Vorzugsrecht, unter den obigen Bestimmungen.

99) *L.* 17. *D. quae in fraud. Creditor.*

100) Wie diese Lehre des Ulpians mit den Grundsätzen im *L.* 25. §. 4. *D. quae in fraud. Creditor.* zu vereinbaren sey, werde ich unten zeigen, wenn ich von dem Fraudatorischen Interdict handeln werde.

1) Emelin vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 14.

2) Emelin a. a. O. §. 15.

3) *L.* 6. §. 11. *D. quae in fraud. Creditor.*

4) Hänlein am oben angeführten Ort §. 19. behauptet, daß auch der bisherige bonae fidei possessor, wenn er auf den Anruf der Gläubiger nicht sogleich die Sache herausgiebt, alle nach der Litis-Contestation percipirte, und zu percipirende Früchte den Gläubigern zu restituiren, angehalten werden müsse. Er begründete sich darauf, weil der bisher im guten Glauben sich noch befindende Acquirent durch die Litis-Contestation im bösen Glauben versetzet wurde, mithin von nun an, nach den vom malae fidei possessor geltenden Grundsätzen beurtheilet werden müßte. Allein ich muß gestehen, daß mich diese Behauptung nicht überzeugt. Denn allemal ist es ja noch eine große Frage, ob die Erforder-

forderniſſe zur Anſtellung der Paulianiſchen Klage vorhanden ſind, und wer giebt denn gleich auf das Anfordern des Klägers den Gegenſtand der Klage heraus? Es würde daher dieſe Behauptung nur unter der Einſchränkung anzunehmen ſeyn, wenn der bisherige Beſitzer im guten Glauben, blos in der Abſicht, die Gläubiger aufzuhalten, die Sache nicht eher verabfolgen laſſen wollte, als bis er durch Urthel und Recht dazu angehalten worden.

5) Wie ſehr überhaupt die Geſetze den Nachtheil von den Gläubigern abzuwenden ſuchen, welchen der Schuldner durch eine bösliche Vermögens-Verringerung zu bewerkſtelligen ſucht, davon giebt *L.* 17. §. 2. *D. quae in fraudem Creditorum* einen eklatanten Beweis ab: ſi vir uxori cum Creditores ſuos fraudari vellet, ſoluto matrimonio praeſentem dotem reddidiſſet, quam ſtatuto tempore reddere debuit; *hoc actione mulier tantum praeſtabit, quanti Creditorum intererat, dotem* SUO TEMPORE *reddi*, nam Praetor fraudem etiam *in tempore* fieri intelligit. Hier verſtattet der Rechtsgelehrte Julian den Gläubigern ſogar die Revocation derjenigen Emolumente, welcher ſie, wegen einer zu frühen, von dem Ehemann in der Abſicht, um ſie zu betrügen, geſchehenen Reſtitution des Brautſchatzes, hatten entbehren müſſen.

§. 109.

Noch einige Bemerkungen über die Anſtellung und Wirkung der Paulianiſchen Klage.

Iſt gleich die **Paulianiſche Klage** ein, allen Gläubigern verſtattetes Rechtsmittel, um ſich gegen betrügeriſche Vermögens-Verringerungen des Schuldners, und den ihnen daraus erwachſenden Nachtheil, zu ſichern, ſo kann ſie doch nur in vorkommenden Fällen von denjenigen Gläubigern angeſtellet werden, welche durch dergleichen Handlungen des Schuldners wirklich wegen ihrer Befriedigung gekränkt ſind. Ja! bisweilen kann ſich ihrer nur ein, oder der andere Gläubiger bedienen, wenn gleich mehrere Gläubiger durch die boshafte Vermögens-Verringerung des Schuldners verletzt ſind. Dies iſt alsdann der Fall, wenn der Gemeinſchuldner

unter

unter mehreren wachsamen Gläubigern, einem weniger wachsamen, Zahlung geleistet hat, wo alsdann nur die wachsameren, wegen dieser von dem Schuldner begangenen Gratification, mittelst der Paulianischen Klage die geleistete Zahlung zurückfordern können.

Was die Wirkungen der Paulianischen Klage anbetrifft, so sind selbige oben zwar dahin im allgemeinen angegeben worden, daß alles dadurch in den vorigen Stand zurückgebracht werde. Allein demohnerachtet frägt es sich noch: wenn ein oder der andere Gläubiger sich selbiger bedient, ob dadurch die ganze, von dem Gemeinschuldner betrügerischer Weise unternommene Vermögens-Verringerung zernichtet wird, oder nur in so ferne, als der, oder die klagenden Gläubiger dadurch Nachtheil empfunden haben? Das erstere scheint um deswillen richtiger zu seyn, weil 1) selbst Ulpian im *L.* 10. *§.* 22. *D. quae in fraudem Creditorum* von der Wirkung der Paulianischen Klage ganz generell sagt: *restitutionem fieri oportere in pristinum statum*, und eben dieses Justinian im *§.* 6. *I. de actionibus* wiederholt, mithin in beyden Gesetzstellen, das von dem Schuldner unternommene Geschäfft überhaupt, als nicht geschehen erklärt wird. Ferner 2) mit der Paulianischen Klage nach den dürren Worten der Gesetze, sogar die Früchte einer von dem Schuldner böslicher Weise veräußerten Sache sollen zurückgefordert werden können. Allein, demohnerachtet hat die Behauptung mehr Gewicht für sich, daß ein Gläubiger mit der Paulianischen Klage die bösliche Vermögens-Verringerung des Schuldners nur in so weit umzustoßen berechtiget sey, als er dadurch eine läsion erlitten hat. Denn so bezieht sich 1) dasjenige, was in den Gesetzen von den Wirkungen der Paulianischen Klage allgemein gesagt wird, immer nur auf die, dem klagenden Gläubiger zugefügte läsion, und dann 2) so wird auch in andern Gesetzen [6]) einem Gläubiger nur immer

blos in Rücksicht auf seine Forderung Hülfe versprochen, welches auf die vorliegende Frage, da es an ausdrücklicher gesetzlicher Entscheidung mangelt, sehr gut analogisch angewendet werden kann [7]).

6) *L.* 6. §. 2. *D. de rebus auctoritate jud. possidend. Nov.* 53. *Cap.* 4. §. 1. *Authent. et qui C. de bonis auct. jud. possid.*

7) Vergleiche *Albert Phil.* FRICK *l. c.* §. 26. HAENLEIN *l. c. §.* 19. und die daselbst angeführten Rechtslehrer, welche ebenfalls dieser Meinung zugethan sind.

§. 110.

Von der Präscription der Paulianischen Klage, und der Zeit, wo selbige ihren Anfang nimmt.

Der Paulianischen Klage ist zu ihrer Dauer von den Gesetzen eine gewisse Zeit bestimmt, nach deren Ablauf sich die Gläubiger derselben nicht mehr bedienen können. Was aber diese gesetzlich bestimmte Zeit selbst anbetrifft, so sind hierüber die Rechtslehrer in ihren Meinungen sehr getheilt. Die mehresten Juristen nehmen ganz im allgemeinen an, daß die Paulianische Klage intra annum utilem [8]) von den Gläubigern angestellt werden müsse, und im entgegengesetzten Fall verlohren gehe, weil dieser Termin zu ihrer Dauer ausdrücklich in den Gesetzen bestimmt gefunden werde [9]). Da es aber gleichwol in den Gesetzen heißt, daß sich die Gläubiger nach Verfließung dieses anni utilis noch einer Klage in gewissen Fällen gegen denjenigen bedienen können, welcher aus der betrügerischen Vermögens-Verringerung des Schuldners Vortheil erhalten hat; so wissen sie sich solches nicht anders zu erklären, als daß der Prätor in gewissen Fällen aus bloßer Billigkeit, auch nach Verfließung des anni utilis den Gläubigern eine Klage zugestanden habe, um dem Acquirenten den erhaltenen Gewinnst abzujagen, welche Klage sie actio in factum nennen, und ihr eine Dauer von 30 Jahren verleihen.

Die-

Dieser Meinung sind vorzüglich diejenigen Rechtslehrer zugethan, welche die Paulianische Klage nicht nach den Grundsätzen von dem Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beurtheilet wissen wollen [10]).

Da, wie ich oben ausführlich erwiesen zu haben glaube, die Paulianische Klage eine wirkliche prätorische restitutorische Klage ist, so muß sie auch, in Rücksicht auf ihre Dauer, nach den Grundsätzen von dem prätorischen Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt beurtheilet werden. Nur auf diese Art lassen sich die anscheinend widersprechenden Gesetze, welche von der Dauer der Paulianischen Klage reden, vereinbaren, und nur auf diesem Wege allein kann man zu einer richtigen Theorie gelangen.

Alle prätorischen Restitutionen lassen sich füglich in restitutiones poenales, und mere rei persecutorias eintheilen, je nachdem das Fundament derselben, die Bestrafung desjenigen, gegen welchen die Restitution gesucht wird, oder nur blos dies zum Endzweck hat, ihm den Gewinnst abzujagen, welchen er mit dem Nachtheil des andern sonst unter dem Beystand des strengen Rechts erhalten würde [11]). Unter mehreren, zwischen beyden Gattungen der prätorischen Restitution, obwaltenden Unterschieden [12]), kommt vorzüglich der hier in Betrachtung, daß die restitutiones mere rei persecutoriae ordentlicher Weise eine längere Zeit, und zwar 30 Jahre, dauerten, dahingegen den restitutionibus poenalibus ein kürzerer Zeitraum bestimmt war, binnen welchen sie ein Ende nahmen. Wendet man diese Grundsätze hier an, wo ebenfalls von der Dauer einer prätorischen Restitution die Rede ist, so ist nichts leichter, als sich die Gesetze in dem Titul der Pandecten *quae in fraud. Creditor.* zu erklären, welche von der Dauer der Paulianischen Klage reden, und selbige verschieden bestimmen. Bey diesem prätorischen Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, liegt ein gedoppeltes Fun-

dament der prätorischen Billigkeit zum Grunde, nemlich 1) dies, daß der betrügerische Acquirent die Strafe seines Betrugs leiden möge, und 2) dies, daß der Acquirent sich nicht mit dem Nachtheil der Gläubiger bereichern solle. Ersteres findet alsdann statt, wenn diese Klage den Gläubigern gegen einen Acquirenten verstattet wird, welcher sich der betrügerischen Absicht des Schuldners theilhaftig machte, letzteres, wenn sich die Gläubiger der Paulianischen Klage gegen jemanden bedienen, der zwar bona fide, aber titulo lucrativo etwas von dem Schuldner erworben hat. Die Paulianische Klage kann also, in dieser Hinsicht, wie eine gedoppelte Klage (actio duplex) betrachtet werden, bey welcher ein gedoppeltes Fundament der prätorischen Billigkeit zum Grunde liegt, und daher rührt es auch, daß ihrer Dauer nicht ein einfacher, sondern ein zwiefacher Zeitraum in den Gesetzen bestimmet ist [y]), je nachdem dabey ein, oder das andere Fundament der prätorischen Billigkeit zum Grunde liegt. Wenn

1) die Paulianische Klage gegen einen Acquirenten angestellet werden soll, welcher um die betrügliche Absicht des Schuldners wußte, oder sich in mala fide befand, so ist ihr ein Zeitraum von einem annus utilis zu ihrer Dauer bestimmt. Dies bezeugt Ulpian im *L.* 1. *D. quae in fraud. Creditor.*: „Ait praetor quae fraudationis causa gesta erunt, CUM EO QUI FRAUDEM NON IGNORAVERIT, de his curatori bonorum, vel ei, cui de ea re actionem dare oportebit, INTRA ANNUM, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo.„ Da Justinian in der merkwürdigen Verordnung im *L. fin. C. de temporib. in integr. restit.* den, nach dem alten Recht, den prätorischen Restitutionen zu ihrer Dauer vorgeschriebenen annus utilis in ein quadriennium continuum verwandelt hat, so muß

auch diese Verwandlung den, der Paulianischen Klage zu ihrer Dauer bestimmten annus utilis betreffen [14]).

Dahingegen

2) wenn die Paulianische Klage gegen jemanden angestellt wird, welcher etwas von dem Schuldner bona fide, aber titulo lucrativo erworben hat, so ist dieser Klage zu ihrer Dauer ein Zeitraum von 30 Jahren bestimmt [15]).

Was die Zeit anbetrifft, von welcher die Präscription der Paulianischen Klage ihren Anfang nimmt, so sind darüber die Rechtslehrer in ihren Meinungen sehr getheilt. **Oldendorp** [16]) und **Hellfeldt** [17]) behaupten, daß die Zeit der Verjährung von dem Augenblick ihren Anfang nehme, wo die bösliche Vermögens-Verringerung von dem Schuldner unternommen worden. Allein diese Behauptung ist, wenn man auch die Natur aller Präscriptionen nicht berücksichtigen wollte, schon um deswillen nicht richtig, weil selbst die Worte des prätorischen Edicts im *L.* 1. *D. quae in fraud. Creditor.* diesem entgegenstehen, wo der Prätor den Gläubigern die Paulianische Klage — intra annum quo EXPERIUNDI POTESTAS fuerit — verspricht. Nun aber können ja die Gläubiger sich der Paulianischen Klage nicht eher bedienen, als bis sie wirklich in Erfahrung gebracht haben, daß sie durch die von dem Gemeinschuldner unternommene Vermögens-Verringerung verletzt sind. Da sie nun dieses nicht eher in Erfahrung bringen können, als bis das ganze Vermögen des Gemeinschuldners in Anschlag gebracht, und berechnet worden, oder heut zu Tage, bis die Concurs-Masse berichtiget ist, so kann auch nur erst von dieser Zeit an, die Präscription der Paulianischen Klage ihren Anfang nehmen [18]).

8) *L.* 1. *D. quae in fraud. creditor.*

9) *Frid. Bernh.* ALBINI de actione Pauliana. *Lugd. Batavor.* 1754. Emelin vom materiellen

Concurs der Gläubiger §. 14. *Gothofr. Ludw.* MENCKEN D. de actione Pauliana §. 19.

10) Hänlein a. a. O §. 20.

11) Glück in der D. de vita petendae restitut. in integr. praetor. §. 37.

12) Vergleiche Glück a. a. O., wo überhaupt diese Materie vortrefflich abgehandelt ist.

13) Glück a. a. O.

14) *Iust. Henn.* BOEHMER Introd. in Ius Digestor. *Tit. de in integr. restit.* §. 6. *Ioh. Aug.* HELLFELDT Iurisprud. forens. §. 1832.

15) *L.* 10. *pr.* und §. 24. *D. quae in fraud. Credit.* Glück a. a. O. CARPZOV definit. forens. *P.* 2. *Def.* 3. *C.* 20.

16) In action. forens. progymn. *Cl.* 6.

17) In Iurisprud. forens. §. 1832.

18) *L.* 10. §. 18. *D. quae in fraud. credit.* zusammengehalten mit *L.* 6. §. *ult. D. quae in fraud. creditor.* Hänlein a. a. O. §. 20. *Christ. Wilh.* WEHRN in der D. de act. Pauliana. *Erford.* 1781. §. 17.

§. III.

Von dem heutigen Gebrauch der Paulianischen Klage.

Was den heutigen Gebrauch der Paulianischen Klage, und der von derselben in dem römischen Rechte enthaltenen Grundsätze anbetrifft, so glaubt zwar Carl Gottlieb Knorr [19]), nebst andern Rechtslehrern, daß davon heut zu Tage wenig Gebrauch mehr zu machen sey, zumal, da der eigentliche Hauptfall, wo die Paulianische Klage nach dem römischen Recht statt finde, heut zu Tage ganz wegfalle. Seiner Meinung nach, geht nemlich auf den Fall, wenn der Schuldner betrügerischer Weise etwas von seinem Vermögen veräußert, und der Acquirent mit um diesen Betrug weiß, das Eigenthum der Sache schon so nicht auf denselben über, mithin haben die Gläubiger weiter nichts nöthig, als die

Sache zu vindiciren — (ein Einfall, der sich so wenig nach römischen, als heutigen Rechts-Principien vertheidigen läßt). Allein diese Meinung ist offenbar fehlerhaft, indem das römische Recht in seinem ganzen Umfange bey uns recipirt ist, und der Nichtgebrauch desselben in Fällen, wo der Anwendung römischer Rechts-Grundsätze nichts bey uns entgegensteht, erst bewiesen werden muß, angesehene Rechtslehrer aber nicht allein die Anwendung dieses Rechtsmittels bey uns bezeugen, sondern auch unserer Behauptung der Gerichtsbrauch zur Seite steht. Da indeß die Grundsätze dieser Klage so vielen Schwierigkeiten unterworfen sind, und in den von ihr redenden römischen Gesetzen so manche Dunkelheiten sich finden, so hat es natürlich nicht fehlen können, daß eine Menge von Präjudicien entstehen müssen, worinnen ganz irrige und falsche Grundsätze von der **Paulianischen Klage** angenommen sind. Es muß daher in vorkommenden Fällen, so viel wie möglich auf die Gesetze, und da, wo diese schweigen, auf die Analogie des Rechts Rücksicht genommen werden, damit so wenig den Gläubigern, als auch demjenigen, dem durch die, von dem Schuldner unternommene Vermögens-Verringerung etwas zugewachsen ist, zu nahe getreten werde.

Sind also gleich die Grundsätze von der Paulianischen Klage noch heut zu Tage bey uns anwendbar, so muß doch diese Regel alsdann eine Ausnahme leiden, wenn diese Grundsätze sich so auf die römische Gerichtsverfassung beziehen, daß sie wegen unserer veränderten deutschen Gerichtsverfassung nicht angewendet werden können. Aus diesem Grunde kann die Paulianische Klage nicht mehr intra annum utilem, oder nach dem neueren römischen Recht, intra quadriennium continuum präscribirt werden, sondern sie ist heut zu Tage wie das prätorische Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt als eine actio perpetua zu betrachten, die in 30 Jahren allererst erlöscht [20]).

Bey der Anstellung der Paulianischen Klage müssen zwar die Gläubiger überhaupt die betrügerische Absicht des Schuldners, und die ihnen aus der Vermögens-Verringerung erwachsene Läsion, zum Grunde liegen, sich aber überdies noch auf ein verschiedenes Fundament begründen, je nachdem der Fall selbst verschieden ist, in welchem die Paulianische Klage angestellt werden soll [21]). Was das Forum anbetrifft, vor welchem die Paulianische Klage angebracht werden muß, so muß dieses ein Forum des Beklagten seyn, indem es auch hier nach der allgemeinen Rechtsregel: actor sequitur forum rei geht, übrigens aber ergiebt sich die Eigenschaft des Fori selbst schon aus der Natur der **Paulianischen Klage.** Sie ist, wie ich oben gezeigt habe, eine Personal-Klage, und da hier so wenig ein forum delicti, als contractus gedacht werden kann, so bleibt nichts anders übrig, als das forum domicilii des Beklagten, wo sie angestellet werden muß. Daß sich übrigens die Gläubiger dieser prätorischen Restitution, so wie des Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand überhaupt [22]), sowol per modum actionis, als exceptionis bedienen können, ergiebt sich, ohne meine Erinnerung, schon aus der Natur der Sache.

19) In der D. de usu practico doctrinae iuris romani, de Praetore et iudice Pedaneo. *Halle* 1725. *Cap.* 2. §. 17.

20) *Chr. Fr.* GLÜCK, de vita petendae restitutionis in integrum Praetoriae. §. 37., wo überhaupt von der Dauer des prätorischen Rechtsmittels der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand vortrefflich gehandelt ist.

21) Joh. Ludw. Schmidts Practisches Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. Neueste Auflage. Jena 1792. *pag.* 252., wo ein Formular von der Paulianischen Klage enthalten ist, welches aber nur blos den Fall unterstellt, wo der Acquirent sich in mala fide befindet, mithin in andern Fällen, wo auch die

Pau-

Paulianische Klage statt findet, darnach umgeändert werden muß. Vergleiche übrigens noch Weber in den Beyträgen zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, siebente Betrachtung. S. 84. u. f.

22) Glück a. a. O. §. 7.

§. 112.

(B)

Vom Fraudatorischen Interdict.

Wir verlassen hiermit die Paulianische Klage, mit welchem Rechtsmittel wir uns wegen seiner Wichtigkeit nicht lange genug beschäftigen konnten, und gehen zu dem zweyten den Gläubigern verliehenen prätorischen Rechtsmittel — dem fraudatorischen Interdict über. Des fraudatorischen Interdicts geschieht im *L.* 67. *D. ad Sct. Trebell. L.* 96. *§.* 1. *D. de solutionib.* und im *L.* 60. *D. mand.* ausdrücklich und nahmentlich Erwähnung. Viele Rechtslehrer [23]) halten die Paulianische Klage, und das fraudatorische Interdict, dessen in den angeführten Gesetzen gedacht wird, für ein und eben dasselbe Rechtsmittel. Allein diesen ist um deswillen nicht beyzupflichten [24]), weil 1) beyde Rechtsmittel mit ausdrücklichen Worten in den Gesetzen von einander unterschieden werden, und 2) man sich dem unter vielen Gesetzen in dem Titel der Pandecten *quae in fraudem Creditorum*, vorhandenen Widerspruch gar nicht würde erklären können, wenn man nicht die Paulianische Klage und das fraudatorische Interdict als diverse Rechtsmittel annehmen, und behaupten wollte, daß in einigen Stellen in dem gedachten Titel der Pandecten von der Paulianischen Klage, in anderen hingegen von dem fraudatorischen Interdict die Rede sey, obgleich die Compilatoren der Pandecten alles durch einander geworfen, und nicht die gehörige Absonderung beobachtet haben. So wird z. B. im *L.* 14. *D. quae in fraudem Creditorum* von der Revocation des Eigenthums, hingegen im *L. ult.*

ult. §. 6. D. eod. blos von der Revocation des Besitzes gesprochen. So lehrt ferner Ulpian im *L.* 10. *§.* 22. *D. eod.* praeterea generaliter sciendum est, ex hac actione restitutionem fieri oportere in pristinum statum — propter quod etiam *medii temporis commodum praestandum erit;* dahingegen Venulejus im *L. ult. §.* 4. *D. eod.* in den Worten: *medio autem tempore perceptos fructus in restitutionem non venire,* das Gegentheil behauptet. Zwar glaubt Voet [25]) diesen Widerspruch unter den beyden letzteren Gesetzen dadurch zu heben, daß er den Ausdruck des Ulpians von einem Besitzer im bösen, und den des Venulejus von einem Besitzer in gutem Glauben versteht; allein 1) liegt in den Gesetzen diese Distinction nicht, auch läßt sie sich 2) nicht aus dem Contexte rechtfertigen, sondern es ist vielmehr offenbar, daß beyde Rechtslehrer ein ganz verschiedenes Rechtsmittel im Sinne hatten, und die unachtsamen, oder wol gar mit dem älteren Recht nicht zu genau bekannten Compilatoren der Pandecten, den Ausspruch beyder Rechtslehrer von der Paulianischen Klage verstanden haben. Denn aus allen Umständen leuchtet es deutlich hervor, daß Ulpian von der Paulianischen Klage, Venulejus hingegen, von dem fraudatorischen Interdict redet. Diese Behauptung gewinnt dadurch noch mehr Stärke, daß der ganze *L. ult. D. quae in fraudem Creditorum,* wie die Ueberschrift lehrt, aus dem *libr. VI. Interdictor.* des Venulejus genommen ist, mithin weit wahrscheinlicher ist, daß dieser Rechtslehrer hier von dem fraudatorischen Interdict, als daß er von der Paulianischen Klage habe reden wollen.

Das fraudatorische Interdict ist also wirklich ein von der Paulianischen Klage ganz verschiedenes Rechtsmittel. Aber, worin besteht denn nun dasselbe? Hier lassen uns die Gesetze in der größten Unwissenheit, und alles was sich davon angeben läßt, muß theils aus der Analogie der prätorischen Interdicte überhaupt, theils

aus dem Resultat derjenigen Gesetze in den Pandecten, worin entweder dieses Interdicts ausdrücklich gedacht wird, oder worin es doch nach einer richtigen Interpretation stillschweigend unterstellt wird, abstrahirt werden. Nach diesen ist es ein prätorisches restitutorisches Interdict, vermöge welchem die durch eine betrügliche Veräußerung des Schuldners verletzten Gläubiger verlangen können, daß ihnen der Besitz der veräußerten Sache nebst allem Zubehör, und den darauf vorhandenen Früchten abgetreten werden soll [26]). Von den Eigenschaften dieses Interdicts, welches den Gläubigern in der Absicht verliehen zu seyn scheint, um eine weitere Alienation zu verhüten, und dem Gegner die Vortheile des Besitzes abzugewinnen, läßt sich übrigens mit Gewißheit nichts weiter angeben, als daß 1) vermöge desselben nicht so wie mit der Paulianischen Klage, die *fructus medio tempore percepti* gefordert werden können, indem es blos die Abtretung des Besitzes, der veräußerten Sache in dem Zustande, wie sich selbige zu der Zeit befand, da es angestellt wurde, zum Gegenstande hat. Ferner 2 daß sich dieses Interdict in Rücksicht auf die Anstellung nach den Erfordernissen der Paulianischen Klage, im übrigen aber nach der Natur aller prätorischen Interdicte richtet. Was die Dauer dieses Interdicts anbetrifft, so bestimmen darüber die Gesetze nichts, indeß ist es wahrscheinlich, daß es mit der Paulianischen Klage eine gleiche Dauer gehabt habe.

Da die Eigenschaften des fraudatorischen Interdicts nicht deutlich in den Gesetzen angegeben, und daher so vielen Schwierigkeiten unterworfen sind, so kommen von dem heutigen Gebrauch desselben, wenige oder fast gar keine Beyspiele vor, woraus sich jedoch der gänzliche Nichtgebrauch dieses Interdicts nicht behaupten

läßt,

läßt; zumal da dasselbe den Gläubigern in so mancher Rücksicht äußerst vortheilhaft ist.

23) *Herrmann* VULTEIUS Comment. ad Inst. *Tit. de actionib. §. 7. Ioh.* SCHILTER in Exercitationib. ad Dig. *XLVI. §. 52. Chr. Fr.* KNEUSEL in D. de act. Paul. §. 1. u. a. m.

24) Daß beyde Rechtsmittel von einander verschieden sind, vertheidigen außer anderen älteren Rechtslehrern vorzüglich VOET in Comment. ad D. Tit. *quae in fraudem Creditorum.* WESTENBERG in Princ. Iuris, secundum D. ord. *lib.* 42. *tit.* 8. *§.* 29. u. f. Gmelin in der Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger §. 14. *not. b.* Frick a. a. O. §. 4. Hänlein a. a. O. §. 2.

25) a. a. O. §. 11.

26) Vergleiche Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen und Einreden. §. 457.

§. 113.

2) Untersuchung was Rechtens sey, wenn der landesherrliche Fiscus, durch eine Vermögensverringerung des Schuldners ist lädirt worden.

Wir haben bisher gesehen was Rechtens sey, wenn durch eine von dem Gemeinschuldner unternommene Vermögensverringerung die übrigen Gläubiger außer dem landesherrlichen Fiscus eine Läsion erlitten haben; jetzt kommen wir nach dem oben vorgezeichneten Plan auf die Untersuchung, was alsdenn Rechtens sey, wenn der landesherrliche Fiscus in der Qualität eines Concursgläubigers dadurch lädirt worden ist. Der landesherrliche Fiscus hat sich auch hier, so wie in vielen anderen Fällen ansehnlicher Privilegien zu erfreuen, und zu seinem Vortheil ist in den Gesetzen folgendes angeordnet worden.

I. Solche Vermögensverringerung, die nicht in einer Zahlungs-Leistung an einen Gläubiger besteht, — welche der Gemeinschuld-

schuldner vor entstandenem Concurse unternommen hat, und wodurch der landesherrliche Fiscus ist verletzt worden, wird ohne allen Unterschied von demselben zernichtet, sobald als nur der Schuldner der Absicht, den landesherrlichen Fiscus dadurch zu betrügen, überführt werden kann. In FRAUDEM FISCI (lehrt Paulus im *L.* 45. *D. de iure fisci*), non solum per donationem sed quocunque modo res alienatae revocantur. Dahingegen

II. wenn der Gemeinschuldner einem seiner Gläubiger vor entstandenem Concurse, Zahlung geleistet hat, so kann diese geleistete Zahlung, wenn sie nach entstandenem Concurse dem landesherrlichen Fiscus nachtheilig gewesen ist, von demselben schlechterdings jedoch ohne Zinsen zurückgefordert werden, wenn auch gleich weder der Schuldner, noch der Gläubiger sich in mala fide befunden hat [27]). *Pecunia* heißt es im *L.* 5. *Cod. de Priv. fisci, quam Creditor a Debitore suo recepit, si postea* EX IUSTA CAUSA *fisco restituenda erit, sine usuris* [28]) debetur: quia non foenus contractum, sed suum recuperatum EXTRAORDINARIO IURE aufertur [29]). Zwar möchte es scheinen, als wenn nur in gewissen Fällen dem Fiscus die Revocation der von dem Schuldner geleisteten Zahlung gestattet werden müsse, indem die Worte: EX IUSTA CAUSA eine Einschränkung enthalten. Allein hält man das Gesetz mit anderen hieher gehörigen Gesetzstellen in den Pandecten zusammen, so ergiebt sich sogleich die Richtigkeit unserer Behauptung, und scheinen die Worte: EX IUSTA CAUSA, sich vielmehr auf dasjenige zu beziehen, was ich gleich hernach bey der näheren Bestimmung dieses Fiscus-Rechts sagen werde. *Papinianus* heißt

es im *L.* 18. *D. de iure fisci*, tam *libro sexto*, quam *undecimo Responsorum* scribit, ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui cum erat Creditor, in solutum pecuniam accepit, si aut sciebat, cum accipiebat, publicum quoque esse debitorem, aut postea cognovit, antequam consumeret pecuniam: *sed placet omni modo, ei pecuniam auferendam esse, etiam si ignoravit* cum consumeret: et postea quidem Principes directam actionem competere, ablata pecunia rescripserunt, ut et *Marcellus*, *lib. septimo D.* scribit [30]).

27) Gelze in der D. de Creditore sibi vigilante §. 27.

28) Vergleiche auch *L.* 19. *D. de iure fisci.*

29) Hat jedoch der Gläubiger, welchem der Fiscus das bezahlte Geld wieder entzieht, wegen seiner Forderung ein Pfandrecht von dem Schuldner gehabt, so reviviscirt dies Pfandrecht, welches bereits durch die Zahlung erloschen war, nach L. 21. D. de iure fisci.

30) Es scheint zwar beym ersten Anblick, als wenn dem Fiscus auch in dem ersteren im §. angezogenem Fall die Revocation ohne Unterschied gestattet werden müsse, und nicht darauf Rücksicht zu nehmen sey, ob der Schuldner betrüglicher Weise die Vermögensverringerung zum Nachtheil des Fiscus unternommen habe, oder ob er dabey *bonæ fide* zu Werke gegangen ist; zumal da dies dem Fiscus vor den übrigen Concurs-Gläubigern ertheilte Privilegium die Erhaltung des Fiscusvermögens, und dessen Rechte, woran dem Staat so viel gelegen ist, zum Endzweck hat. Allein, da in dem *L.* 45. *D. de iure fisci* es mit dürren Worten heißt, in FRAUDEM fisci etc. so würde man grade dem Gesetze zuwider handeln, wenn man auch dem Fiscus in dem unter der Nummer I. enthaltnem Fall das Revocationsrecht alsdann zugestehen wollte, wenn der Gemeinschuldner bona fide vor ausgebrochenem Concurse eine Vermögensverringerung unternahm.

§. 114.

Fortsetzung.

Die Gesetze verstatten dem Fiscus in den oben erwähnten Fällen die Revocation nicht ohne alle Einschränkung, sondern nur alsdann, wenn er wirklich wegen seiner Ansprüche an den Gemeinschuldner ist verletzt worden, und in dem von dem Concursrichter in der locations-Sentenz ihm angewiesenen Platz, wegen der nunmehrigen Unzulänglichkeit des schuldnerischen Vermögens seine Befriedigung nicht erlangen kann. Es kann daher der Fiscus dieses Revocationsrecht, wenn der Schuldner einem seiner Gläubiger Zahlung geleistet hat, nur alsdann ausüben, wenn er diesen Gläubiger wegen seiner Forderung vorgezogen werden muß, nicht alsdann, wenn er demselben wegen eines Anspruchs an dem Schuldner nachstehen muß. Denn sind gleich die Grenzen dieses Privilegiums des Fiscus nicht in den Gesetzen deutlich bestimmt, so müssen sie doch aus der Natur und Eigenschaft desselben erklärt werden, weil man sonst annehmen müßte, daß durch die Handlung des Schuldners allein, die Vorrechte des Fiscus mit dem Nachtheil anderer Gläubiger hätten vermehret werden sollen [31]). Und hierauf beziehen sich auch ohne allen Zweifel die Worte des *L.* 5. *Cod. de priv. fisci*, EX IUSTA CAUSA, auch wird unsere Behauptung durch den *L.* 7. *Cod. eod.* auf das beste unterstützt. Wenn also z. B. der Fiscus an den Schuldner wegen öffentlicher Abgaben einen Anspruch hat, und an dieser Forderung durch eine von dem Schuldner vor entstandenem Concurse einem Gläubiger geleistete Zahlung gekränkt wird, so kann er diese ohne allen Unterschied zurückfordern, weil er wegen des gedachten Anspruchs beym Concurse fast allen Gläubigern vorgezogen wird [32]), keinesweges aber alsdann, wenn er diesen Anspruch wegen Strafgelder macht, in Ansehung welcher er allen Gläubigern nachgesetzet werden muß [33]).

31)

31) Gelze a. a. O. §. 28. Frick a. a. O. §. 14.

32) *L. 1. Cod. si propter publicas pensitat.*

33) *L. un. C. poen. fisc. Credit. praefer. L. 17. et 37. D. de iur. fisc.*

§. 115.

Fortsetzung.

Der Fiscus bedarf zur Revocation der von dem Schuldner unternommenen Vermögensverringerung nicht der Paulianischen Klage, sondern die Gesetze haben ihm wie Marcian im *L.* 18. *§.* 10. *D. de iure fisci* lehrt, eine actio directa ex lege civili verstattet, welche erst in vierzig Jahren präscribirt wird [34]) und daher schon in dieser Rücksicht vortheilhafter als das prätorische Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist. Sobald daher von dem Fiscus nur die gesetzlichen Erfordernisse zur Revocation dargethan sind, so vindicirt er die bey dem Acquirenten entweder noch in Natur vorhandne oder mala fide consumirte Sache [35]) und wenn selbige nicht mehr vorhanden ist, sondern bona fide von demselben ist consumirt worden, so kann der Werth derselben von ihm condicirt werden [36]).

34) *L. 4. C. de praesc. 30. vel 40. annor.*

35) Gelze a. a. O. §. 29.

36) *L. 21. D. de iure fisci.*

§. 116.

B) Wenn die Disposition des Schuldners in einer Nichterwerbung besteht,

und

1) nach ausgebrochenem Concurse sich zugetragen hat.

Wir kommen nunmehr nach dem im §. 79. vorgezeichneten Plan B) zu dem Fall, wo die Disposition des Gemeinschuldners, welche er in Rücksicht auf sein Vermögen vorgenommen hat, und seinen Gläubigern nach-

nachtheilig ist, in einer Nicht-Erwerbung besteht, und wollen nun auch untersuchen, was in diesem Fall Rechtens ist. Bey dieser Untersuchung ist ebenfalls wieder der Unterschied zu beobachten, ob solche Nicht-Erwerbung sich nach bereits ausgebrochenem Concurse, oder vor dem Ausbruch desselben zugetragen hat. Denn nur auf diesem Wege allein, kann man zu einer richtigen Bestimmung desjenigen gelangen, was bey diesem so schwierigen, und streitigen Punct, als Rechtens angenommen werden muß.

Wenn 1) der Gemeinschuldner nach bereits ausgebrochenem Concurse eine Erwerbung von sich gestoßen hat, wodurch er sein Vermögen zum Vortheil seiner Gläubiger hätte vermehren können, so ist es, da es an einer gesetzlichen Entscheidung gänzlich fehlt, sehr streitig unter den Rechtslehrern, ob nicht die Gläubiger diese verstoßene Erwerbung zurückrufen können. Die mehresten Rechtslehrer [37]) bejahen dieses aus dem Grunde, weil der Concurs alle nach dessen Einbruch von dem Gemeinschuldner in Ansehung seines Vermögens unternommene Dispositionen, in so ferne, als sie den Gläubigern nachtheilig sind, vernichte, zu solchen Dispositionen aber auch die Verstoßung einer Erwerbung gehöre, mithin nach eben denselben Grundsätzen beurtheilet werden müsse. Dahingegen aber fehlt es auch nicht an Rechtslehrern [38]), welche annehmen, daß die von dem Schuldner nach entstandenem Concurse geschehene Verstoßung einer Erwerbung zu Recht beständig sey, und von den Gläubigern nicht umgestoßen werden könne. Ihre Gründe sind, weil 1) die Gesetze, die Verstoßung einer Acquisition, welche von dem Gemeinschuldner geschehen ist, ganz allgemein für gültig erklärten [39]), ohne zu unterscheiden, ob solche sich vor, oder nach entstandenem Concurse zugetragen habe, mithin wo die Gesetze nicht unterschieden, auch der Rechtsgelehrte nicht unterscheiden müsse, zumal da die

römischen Gesetzgeber, und Rechtsgelehrten in anderen Fällen den Unterschied zwischen einen bereits ausgebrochenen und noch nicht entstandenen Concurs sehr wohl zu berücksichtigen gewußt hätten, mithin auch hier gewiß berücksichtiget haben würden, wenn sie darauf Rücksicht genommen wissen wollen. 2) lasse sich auch aus dem Concurs-Verhältniß die Ungültigkeit einer schuldnerischen Disposition dieser Art, nach entstandenem Concurse nicht beweisen, indem nur durch den Concurs, dem Schuldner die Befugniß, über sein vorhandenes Vermögen zu disponiren, in so ferne entzogen werde, als dadurch den Gläubigern Nachtheil zugefügt werden kann, nicht aber die Befugniß Erwerbungen zu verstoßen, die noch nicht zu seinem Vermögen gerechnet werden konnten. Wenn also der Schuldner eine Erwerbung, die er zu machen im Stande wäre, nach ausgebrochenem Concurse von sich stoße, so veräußere er dadurch nichts von seinem Vermögen, indem eine Veräußerung sich nicht anders denken lasse, als daß Jemand etwas von sich entferne, was ihm bereits vollkommen erworben war. Endlich 3) sey überhaupt der Schuldner nicht nach den Gesetzen verbunden, sein Vermögen zum Vortheil seiner Gläubiger zu vermehren, sondern die Gesetze verpflichteten ihn nur blos dasselbe nicht zu verringern, mithin fehle es hier völlig an einem rechtmäßigen Grunde, um den Gläubigern die Revocation der nichterworbenen Sachen zu gestatten. Nach dieser Meinung kann also der Schuldner nach ausgebrochenem Concurse allen möglichen Erwerb verstoßen, ohne daß die Gläubiger diese seine Handlung als ungültig anfechten könnten — selbst dasjenige was ihm ipso iure anheim gefallen ist, kann von demselben gültig zum Nachtheil der Gläubiger ausgeschlagen werden. In Ansehung des landesherrlichen Fiscus jedoch, wenn dieser wegen seiner Ansprüche an den Schuldner dadurch verletzt werden sollte, macht man eine Ausnahme von der Re-

gel,

gel, und gestattet demselben das Recht, den von dem Schuldner nach ausgebrochnem Concurse verstoßenen Erwerb zu revociren, und zwar aus dem Grunde, weil dieser, wie wir hernach sehen werden, selbst den von dem Schuldner, vor entstandnem Concurse, ausgeschlagnen Erwerb, zurückzurufen berechtiget sey, wie vielmehr also nicht auch hier begünstiget werden müßte.

Es ist meine Pflicht, diese gradezu einander widersprechenden Meinungen der Rechtslehrer zu prüfen, und zu untersuchen, welche von beyden im Wege Rechtens als richtig angenommen werden kann. Diese Untersuchung ist um so wichtiger, als das Interesse der Gläubiger nicht wenig dabey in Collision geräth. Man denke sich z. B. nur mal den Fall, wo nach entstandenem Concurse dem Schuldner eine ansehnliche Erbschaft anheim fällt, welche, wenn sie von ihm erworben, und seinem Vermögen einverleibt würde, dasselbe so vermehren könnte, daß nun der Concurs gehemmt, und allen seinen Gläubigern Zahlung geleistet werden könnte; dahingegen wenn er nun diese nicht erwirbt, wegen der großen Unzulänglichkeit seines Vermögens, die wenigsten Gläubiger ihre Befriedigung erhalten.

Zuförderst will ich nur in Erinnerung bringen, daß hier der Unterschied: ob der Schuldner bona oder mala fide einen Erwerb, welchen er hätte machen können, vernachläßiget hat, nichts relevirt, welches um so einleuchtender wird, wenn man erwägt, daß sich wenige Fälle gedenken lassen, wo der Schuldner, nach entstandenem Concurse einen zu machenden Erwerb bona fide vernachläßiget, sondern wenigstens doch immer dabey, eine entfernte Absicht, die Gläubiger zu hintergehen, zum Grunde liegt. Zudem, da die Gesetze hier nichts bestimmen, die ganze Entscheidung der Frage darauf beruht, ob aus dem Concurs-Verhältniß das Recht der Gläubiger, die von dem Gemeinschuldner nach entstandenem Concurse ausgeschlagene Erwerbung zurückzurufen,

sen, gefolgert werden kann, oder nicht. Denn die Gesetze entscheiden hier nicht, und wenn Ulpian im *L.* 6. *pr. D. quae in fraudem Creditorum* sagt: quod autem cum possit aliquid quaerere, non id agit, ut acquirat, ad hoc Edictum non pertinet: pertinet enim Edictum ad *deminuentes patrimonium suum, non ad eos qui id agunt, ne locupletentur*, so kann dieser Ausspruch des Rechtsgelehrten auf den vorliegenden Fall nicht einmal analogisch angewendet werden. Denn 1) unterstellt das Gesetz so wie der ganze Titel der Pandecten *quae in fraudem Creditorum* ausdrücklich, eine vor entstandenem Concurse von dem Schuldner unternommene Disposition in Ansehung seines Vermögens, und 2) so bringt ja der Concurs Verhältnisse hervor, wegen welcher ganz andre Grundsätze statt finden müssen, als vor entstandenem Concurse statt finden konnten. Wollte man behaupten, daß vermöge der Analogie, oder wol gar directe wie Becmann [40]) glaubt, dasjenige, was Ulpian a. a. O. von der Befugniß des Schuldners, Erwerbungen zum Nachtheil seiner Gläubiger zu verstoßen, sagt, auch auf den Fall angewendet werden müsse, wenn derselbe nach entstandenem Concurse eine Erwerbung ausgeschlagen hat, so würde sich eben so gut behaupten lassen, daß das, was von der Vermögensverringerung des Schuldners vor entstandenem Concurse gilt, auch von derjenigen Vermögensverringerung gelten müsse, welche derselbe nach entstandenem Concurse unternommen hat, indem ein gleicher Grund solches zu behaupten vorhanden ist.

37) *Vincent* DE FRANCHIS. Decis. 101. *no.* 16. und die daselbst *No.* 3. angeführten Rechtslehrer. *Salgado* DE SAMOZA in Labyrintho Creditor. concurrent. *Parte* 2. *Cap.* 14. *no.* 59. welcher auch diese Meinung als die gemeine Meinung angiebt.

38) *Gustav Bernh.* BECMANN de Debitore obaerato in Praeiudic. Creditor. non adquirente §. 27.

39) *L. 6. pr. D. quae in fraudem Creditorum.*

40) a. a. O.

§. 117.

Fortsetzung.

Dies vorausgesetzt, schreite ich nun zur Prüfung der oben angeführten Meinungen der Rechtslehrer selbst, und will mit der Meinung derjenigen den Anfang machen, welche die von dem Gemeinschuldner nach entstandenem Concurse zum Nachtheil der Gläubiger unternommene Verstoßung eines Erwerbs für ungültig erklären und den Gläubiger das Zurückrufungs-Recht gestatten. Die Rechtslehrer, welche dieser Meinung zugethan sind, begründen sich, wie ich oben gezeigt habe, vorzüglich darauf, daß der Schuldner vermöge des Concurs-Verhältnisses nichts in Ansehung seines Vermögens unternehmen könne, was zum Nachtheil seiner Gläubiger gereicht, mithin auch keinen Erwerb, welchen er hätte machen können, gültig verstoßen dürfe. So viel Scheinbares auch dieser Grund vor sich hat, so ist er doch nach hinlänglicher Prüfung keinesweges zureichend, dasjenige zu erweisen, was dadurch erwiesen werden soll. Denn wenn 1) der Schuldner sich der Rechtswohlthat der Güter-Abtretung bedient hat, so erstreckt sich ja das Recht der Gläubiger nicht weiter, als über das zur Zeit der Güter-Abtretung vorhandene schuldnerische Vermögen, und an das, was der Schuldner auch gleich unmittelbar nach der Güter-Abtretung erwirbt, verbleibt demselben die freyeste Disposition, mithin kann ihm auch aus keinem Grunde das Recht streitig gemacht werden, jeden Erwerb zu verstoßen, welcher ihm nach der Güter-Abtretung anheim gefallen ist, wenn auch gleich der Concurs über das abgetretene Vermögen noch im vollen Gange seyn sollte. Dann 2) so würde auch dieser Grundsatz, wenn auch keine Güter-Abtretung beym Concurse vorgekommen ist, nur höchstens auf die Ver-

stoßung derjenigen Erwerbungen angewendet werden können, welche dem Schuldner ipso iure anheim gefallen sind, und welche er nun zum Nachtheil seiner Gläubiger wieder ausgeschlagen hat, wenn man ihn nicht genauer bestimmen wollte, als er von den Rechtslehrern gemeinhin nur bestimmt wird. Und auch diese Anwendung würde noch manchen Schwierigkeiten unterworfen seyn, wenn man sich zumal an der oben angegebenen römischen Distinction zwischen vollkommenen, und nicht vollkommenen Erwerbungen erinnert.

Was die zwyte Meinung anbetrifft, welche dem Schuldner die Befugniß, nach ausgebrochenem Concurse, allen etwa zu machenden Erwerb zum Nachtheil seiner Gläubiger zu verstoßen, zuspricht, ohne daß die Gläubiger die Handlung desselben anfechten können, so muß ich aufrichtig gestehen, daß die Gründe für diese Meinung, mir noch weniger, als die für die erstere Meinung, Genugthuung leisten. Ich übergehe den ersteren Grund, welchen man sich für dieselbe bedient, und welcher von dem Ausspruch des Ulpians im *L.* 6. *pr. D. quae in fraudem Creditorum* hergenommen ist, hier mit Stillschweigen, weil ich bereits am Ende des vorigen Paragraphen gezeigt habe, daß davon bey der Entscheidung der vorliegenden Frage, gar kein Gebrauch zu machen ist. Es bleibt daher nur blos der zweyte und dritte Grund übrig, mit dessen Prüfung wir uns gegenwärtig beschäftigen wollen.

Was den zweyten Grund anbetrifft, welcher für diese Behauptung angeführt wird, daß nemlich der Concurs dem Gemeinschuldner nur blos die Disposition über sein bereits beym Ausbruch des Concurses vorhandenes Vermögen in so ferne entziehe, als dadurch den Gläubigern ein Nachtheil zugefüget wird, mithin nicht auf das damals noch nicht erworbene erstrecket werden könne, so ist dieser schlechterdings nicht allgemein richtig. Ich habe oben hinlänglich erwiesen, daß wenn beym Concurse

seine Güter-Abtretung concurrirt, das Recht der Gläubiger, nicht nur an dem zur Zeit des ausbrechenden Concurses vorhandenem schuldnerischem Vermögen, sondern auch an dem gegründet sey, welches der Schuldner während des Concurses erwirbt, und so lange daure, bis das gegenwärtige Concurs-Wesen beendiget ist [41]). Ich habe ferner gezeigt, daß, da das Vermögen eines Menschen auch die demselben zuständigen Rechte in sich begreift, auch die Befugniß der Gläubiger an den Gerechtsamen des Schuldners begründet sey, in so ferne selbige von der Beschaffenheit sind, daß deren Gebrauch auch einem Dritten verstattet werden kann. Leistet also der Schuldner während des Concurses auf einen Erwerb Verzicht, worauf er ein Recht erhalten hatte, so disponirt er hier wirklich über sein Vermögen zum Nachtheil seiner Gläubiger, weil dieses Recht mit zu seinem Vermögen gehört, und was vom Ganzen gilt, auch von einem Theil des Ganzen nothwendig gelten muß. Daß er über den Erwerb selbst noch nicht disponiren konnte, war natürlich, allein dies thut ja hier nichts zur Sache.

Was den dritten Grund anbetrifft, so gebe ich zwar gerne zu, daß die Gläubiger den Schuldner nicht zwingen können, etwas zu erwerben, allein folgt denn hieraus schon, daß sie sich nicht auf andere Art helfen können, daß sie den Schuldner nicht behindern können, einen Erwerb zu verstoßen? — Folgt ferner hieraus, daß sie sich nicht selbst des schuldnerischen Rechts bedienen, und vermöge desselben die Erwerbung, welche er nicht machen will, machen können? Wie! wenn dem Schuldner eine Erbschaft oder ein Vermächtniß während des Concurses anheimfällt, mithin nun in dem Augenblick das Recht auf die Erwerbung seinem Vermögen zuwächst, sollten da nicht die Gläubiger sich eben dieses Rechts, so wie anderer Rechte desselben anmaßen können? — Ich glaube, die Bejahung dieser Frage kann

nicht im mindesten Zweifel haben, wenn anders die oben ausgeführte Theorie richtig ist. Man möchte mir entgegensetzen, es hänge ja noch erst von der Willkühr des Schuldners ab, ob er von dem ihm erworbenen Recht Gebrauch machen will; allein, hängt es nicht eben so gut von seiner Willkühr ab, ob er von anderen ihm zuständigen Rechten Gebrauch machen will? Hier kommt alles darauf an, ob das Recht auf den Erwerb sich in dem Vermögen des Schuldners befand. Dies ist nicht zu leugnen [42]), folglich, da der Schuldner nicht über sein Vermögen nach entstandenem Concurse in der Regel disponiren darf, ferner, da die Gläubiger sich der demselben zuständigen Rechte, als zu seinem Vermögen gehörig, anmaßen können [43]), so ist die natürliche Folge, daß der Schuldner sich dieser auf einen Erwerb gehender Rechte nicht entschlagen darf, und daß die Gläubiger, wenn diese Rechte nur von der Beschaffenheit sind, daß sie sich derselben bedienen können, sich solcher anzumaßen, und den Erwerb zu machen berechtiget seyn müssen.

41) Vergleiche den §. 33. und 34.

42) Becmann a. a. O. §. 11. glaubt, daß das Ius acquirendi in so ferne es als eine bloße Befugniß zu betrachten ist, nach Grundlage der Gesetze nicht zu dem Vermögen des Schuldners gerechnet werden könne, und bezieht sich vorzüglich auf den *L.* 42. *D. de adquir. rer. domin.* Allein vergleicht man mit diesem Gesetz den *L.* 49. *D. de V. S.* und schränkt das Ius adquirendi auf einen bestimmten Gegenstand ein, so glaube ich, bleibt es keinem Zweifel unterworfen, daß das Ius adquirendi, so wie jedes andere bestimmte Recht sich in dem Vermögen des Schuldners befinde.

43) Siehe den §. 32.

§. 118.

Fortsetzung.

Aus der in dem vorigen Paragraphen enthaltenen Prüfung, erhellt meiner Einsicht nach, so viel, daß weder die

die eine, noch die andere der vorhin angegebenen Meinung der Rechtslehrer, in ihrem ganzen Umfange angenommen werden kann, sondern einer jeden besondere Schwierigkeiten entgegenstehen. Ich will daher versuchen, ob ich nicht einen Mittelweg ausfindig machen kann, wodurch sich beyde Meinungen gewissermaßen vereinigen lassen, und die vorliegende Frage, welche selbst Salgado de Samoza [44]) mit Recht eine quaestionem difficilem et arduam nennt, einer richtigen Entscheidung zugeführt wird. Ich setze nemlich 1) als allgemeines Princip fest, daß zwar die Gläubiger nach entstandenem Concurse den Schuldner nicht zwingen können, etwas zu erwerben, jedoch daß 2) wenn der Schuldner ein Recht auf einen Erwerb hat, welches während des Concurses zur Ausübung kommt, die Gläubiger sich dieses Rechts unter gewisser Einschränkung anmaßen, und vermöge desselben selbst die Erwerbung unternehmen können, sobald nur dieses Recht, als ein dem Vermögen des Schuldners bereits wirklich zugewachsenes Recht zu betrachten ist [45]). Dieser von mir angenommene Grundsatz, welcher sich auf das Concurs-Verhältniß gründet, erfordert eine nähere Bestimmung, womit ich mich jetzt beschäftigen will.

Ich habe erstens behauptet, daß die Gläubiger sich des schuldnerischen auf eine Erwerbung abzweckenden Rechts gewissermaßen bedienen, und die Erwerbung selbst nach entstandenem Concurse vornehmen können. Dies ist alsdann der Fall, wenn keine Güter-Abtretung beym Concurse vorkam, oder doch das Recht zu erwerben bereits vor der Güter-Abtretung in dem Vermögen des Schuldners sich befand, indem die Güter-Abtretung sehr häufig erst nach entstandenem Concurse unternommen wird. Ich beweise diesen Satz mit seiner Einschränkung folgendergestalt. 1) Die Befugniß der Gläubiger erstreckt sich nicht nur auf das zur Zeit des

Ausbruchs des Concurses vorhandene Vermögen, sondern auch auf das, was dem Schuldner erst nachher bis zu Ende des Concurses erworben wird, muß sich also auch auf die Rechte desselben, die nach entstandenem Concurse zu diesem Vermögen hinzutreten, erstrecken. Die Güter-Abtretung schränkt diesen Lehrsatz hingegen blos auf das zur Zeit, wo sie vorgenommen wurde, vorhandene schuldnerische Vermögen ein. 2) Der Concurs hebt, so lange er dauert, die Disposition des Schuldners über sein Vermögen überhaupt in so ferne auf, als dadurch die Gläubiger beeinträchtiget werden, mithin kann der Schuldner, wenn ihm während des Concurses auf einen Erwerb ein Recht zuwächst, sich desselben nicht zum Nachtheil seiner Gläubiger gültig entschlagen, weil er dadurch ein zu seinem Vermögen gehöriges Recht extinguiren würde, wozu er aber nicht mehr berechtiget ist.

Ich habe ferner zweytens behauptet, daß die Gläubiger selbst die Erwerbung unternehmen könnten, sobald nur das Recht auf den Erwerb, als ein dem Vermögen des Schuldners bereits wirklich zugewachsenes Recht betrachtet werden könnte. Ein bereits wirklich dem Vermögen des Schuldners zugewachsenes Recht, ist hier, nach meinen Begriffen, ein solches, welches ihm nach Verordnung der Gesetze mitgetheilet wird, ohne daß er erst nöthig hat, eine Handlung zu unternehmen, welche auf die Erwerbung dieses Rechts abzweckt. Ich rechne dahin z. B. wenn dem Schuldner, während des Concurses, eine Erbschaft deferirt wird, oder ipso iure zuwächst, oder ihm ein Vermächtniß von jemanden hinterlassen wird. Wenn hingegen z. B. dem Schuldner eine Schenkung angebothen wird, so kann das Recht auf diese Schenkung noch nicht als ein, dem Vermögen des Schuldners bereits wirklich zugewachsenes, Recht betrachtet werden, indem die wirkliche Erwerbung des Rechts auf die Schenkung

erst von der Acceptation des Schuldners abhängig ist, mithin würden die Gläubiger zwar im ersten, nicht aber in dem letzteren Fall, sich des schuldnerischen Rechts bedienen können, weil sie den Schuldner nicht zwingen können, die Schenkung zu acceptiren.

44) in labyrinth. creditor. concurrent. *P.* 2. *C.* 14. *nr.* 59.

45) *Frid. Balthas.* HUBLER in D. de marito hereditatem Uxoris in fraudem Creditorum repudiante. *§.* 2. *seq.*

§. 119.

II) Vor ausgebrochenem Concurse geschehen ist.

Ganz anders verhält sich die Sache, wenn zweytens vor ausgebrochenem Concurse der Schuldner eine Erwerbung von sich gestoßen hat. Hier ist zu unterscheiden, ob diese Erwerbung von dem Schuldner im guten Glauben ist vernachlässiget worden, oder ob er dabey die Absicht gehabt hat, seine Gläubiger zu hintergehen, und selbige um ihre Befriedigung zu bringen. Im letzteren Fall heißt solches eine NON ADQUISITIO IN FRAUDEM CREDITORUM. Von diesen beyden Fällen will ich jetzt nach einander handeln.

§. 120.

a) Wenn der Gemeinschuldner bona fide etwas nicht erworben hat.

Wenn der Gemeinschuldner erstens einen Erwerb, welchen er hätte machen können, bona fide vernachlässiget hat, so kann den Gläubigern nicht das Recht gestattet werden, diese Nicht-Erwerbung anzufechten, und umzustoßen, sondern es muß selbige als zu Recht beständig bey Kräften bleiben, wenn auch gleich die Gläubiger dadurch noch so viel Nachtheil empfinden sollten. Denn

1) war ja noch der Schuldner uneingeschränkter Herr

seines

seines Vermögens, und dann 2) steht dieser unserer Behauptung die Analogie der Gesetze zur Seite, nach welchen ja nicht einmal eine von dem Schuldner, vor entstandenem Concurse, bona fide unternommene Vermögens-Verringerung, am allerwenigsten also, eine Nicht-Erwerbung, die im guten Glauben geschehen ist, umgestoßen werden kann.

Aber wie! können denn nicht diejenigen hypothecarischen Gläubiger, den von dem Gemeinschuldner ausgeschlagenen Erwerb revociren, welchen der Schuldner ein generelles Pfandrecht an seinem Vermögen bestellet hat, indem dieses sowol dessen körperliches, als unkörperliches Vermögen, wohin auch das Ius adquirendi gehört, imgleichen die erst in der Zukunft zu erwerbende Güter, umfaßt? Es scheint zwar beym ersten Anblick dies der Fall zu seyn, allein er ist es keinesweges, wenn man die Sache gehörig in Erwägung zieht. Denn befindet sich gleich 1) das Ius adquirendi in dem Vermögen des Schuldners, und wird in dieser Hinsicht von dem generellen Pfandrecht afficirt, so wird es doch durch die Verzichtleistung des Schuldners extinguirt, mithin kann nun das Pfandrecht an demselben nicht mehr bestehen [46]), und seine Wirkung äußern. Ferner 2) wenn gleich das simple allgemeine Pfandrecht, sich auch über die zukünftigen, oder erst in der Folge von dem Schuldner zu erwerbende Güter, in der Regel erstreckt [47]), so versteht sich doch solches unter der nothwendigen Bedingung, wenn diese Güter dem Schuldner wirklich würden erworben seyn [48]), mithin, so lange der Schuldner noch etwas nicht wirklich und vollkommen [49]) erworben hat, kann das ihm zuständige Pfandrecht sich nicht darüber erstrecken. Wird also das Pfandrecht der allgemeinen hypothecarischen Gläubiger, in Ansehung der zukünftigen Güter des Schuldners, vor dem wirklichen vollkommenen Erwerb des Gemeinschuldners

nicht

nicht begründet, so läßt sich auch kein Grund annehmen, vermöge welchem man ihnen die hypothecarische Klage zur Revocation gestatten könnte.

46) *L. 8. pr. D. quib. mod. pignus vel hypoth. solvitur.*

47) *L. fin. C. quae res pignori obligari possunt.*

48) *L. 16. §. 7. D. de pignor.*

49) Daher kann es sich auch nicht auf dasjenige erstrecken, was dem Schuldner ipso iure anheimfällt, so lange er solches noch nicht acceptirt hat.

§. 121.

b) Wenn der Gemeinschuldner mala fide etwas zu erwerben unterlassen hat,

und

a) den übrigen Concurs-Gläubigern außer dem landesherrlichen Fiscus dadurch ein Nachtheil erwachsen ist.

Hat hingegen zweytens der Schuldner eine Erwerbung mala fide, und in der Absicht, seine Gläubiger zu hintergehen, unterlassen, so ist es sehr streitig unter den Rechtslehrern, was in einem solchen Fall Rechtens ist. Zur bessern Darstellung des Ganzen, muß der Unterschied gemacht werden, ob durch eine solche Nicht-Erwerbung des Schuldners die übrigen Concurs-Gläubiger außer dem landesherrlichen Fiscus, oder der landesherrliche Fiscus selbst, lädirt ist. Von dem ersten Fall will ich zuförderst handeln, und zwar so, daß ich die verschiedenen Meinungen der Rechtslehrer darüber zuerst vortrage, und alsdann mein eignes Urtheil hinzufüge.

§. 122.

Verschiedene Meinungen der Rechtslehrer.

Die Rechtslehrer, welche die vorliegende Frage zum Gegenstand ihrer Untersuchung gemacht haben, lassen sich, in Rücksicht auf ihre Meinung, unter drey Klassen bringen, je nachdem sie entweder die von dem Gemein-

meinschuldner unterlassene Erwerbung ganz für nichtig erklären, und den Gläubigern das Recht, solche zurückzurufen, zusprechen, oder nur in gewisser Rücksicht solches annehmen, oder endlich die Nicht-Erwerbung des Schuldners überhaupt als gültig annehmen, und den Gläubigern das Revocationsrecht schlechtweg absprechen.

Was I. diejenigen Rechtslehrer [50]) anbetrifft, welche alle von dem Schuldner vor entstandenem Concurse betrügerischer Weise unterlassene Erwerbung, als ungültig ansehen, und den Gläubigern das Revocations-Recht in so ferne, als nur dasselbe wirksam gemacht werden kann, zusprechen, so bedienen sich selbige folgender Gründe. 1) Der Schuldner sey nicht nur nach natürlichen, sondern auch nach positiven Gesetzen, schuldig und verbunden, den Gläubigern dasjenige zu entrichten, was er ihnen schuldig ist, mithin auch alle Mittel anzuwenden, diese seine Verbindlichkeit zu erfüllen, mithin sey der Schuldner auch verbunden, sein Vermögen zum Vortheil seiner Gläubiger zu vermehren. 2) Die betrügerische Nicht-Erwerbung des Schuldners sey nicht nur der natürlichen Billigkeit entgegen, sondern werde auch in den Gesetzen, wenn nicht ausdrücklich, doch stillschweigend, dadurch gemißbilliget, daß Papinian im *L.* 74. *D. de regulis iuris* sagt: non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri, wovon aber offenbar hier das Gegentheil geschehen würde, wenn man dem Schuldner das Recht zusprechen wollte, einen ihm vor entstandenem Concurse anheimgefallenen Erwerb in der Absicht auszuschlagen, um dadurch die Gläubiger an ihrer Befriedigung zu kränken. 3) Sey zwar es einem jeden erlaubt, auf ein ihm zuständiges Recht Verzicht zu leisten, allein diese Verzichtsleistung verstehe sich immer unter der nothwendigen Einschränkung, wenn einem Dritten dadurch kein Nachtheil zugefügt wird. 4) Scheine es

zwar,

zwar, als wenn nach den Gesetzen der Pandecten dem Schuldner die Befugniß zugestanden worden, vor entstandenem Concurse, in der Absicht, um seine Gläubiger zu betrügen, einen zu machenden Erwerb zu verstoßen, allein einestheils sey in Ansehung dieses Puncts von dem Kaiser Justinian in der Novelle 135. *Cap.* 1. hierin eine Abänderung getroffen worden, und anderntheils müßten diese Grundsätze der Pandecten zum Vortheil der Gläubiger so interpretirt werden, daß dabey die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners aufrecht erhalten werde, welche schlechterdings die Verstoßung eines zu machenden Erwerbes nicht zulasse, indem selbst in den Gesetzen dem Richter empfohlen werde, mehr auf Billigkeit, als auf das strenge Recht Rücksicht zu nehmen. Die Rechtslehrer, welche dieser Meinung, die ich hier nebst ihren Gründen aufgeführet habe, zugethan sind, nehmen an, daß dem Schuldner, sobald er vor entstandenem Concurse einen Erwerb verstoßen hat, wodurch den Gläubigern ein Nachtheil zugefügt ist, von demselben der Eid über die betrügerische Absicht deferirt werden könne, und wenn er diesen nicht zu leisten im Stande ist, den Gläubigern die Revocation gestattet werden müsse.

Wir kommen nun II. zu denjenigen Rechtslehrern [51]), welche dem Schuldner die Befugniß, vor entstandenem Concurse eine Erwerbung betrügerischer Weise zu verstoßen, zwar nicht im Ganzen, jedoch in gewissen Fällen absprechen, nemlich alsdann, wenn ihm etwas entweder schon wirklich deferirt ist, oder wol gar schon ipso iure erworben worden. Ihre Gründe sind folgende. 1) Sey zwar in den Gesetzen der Pandecten die Verstoßung eines Nicht-Erwerbs vor entstandenem Concurse für gültig erklärt, wenn auch gleich der Gemeinschuldner dabey die Absicht gehabt habe, seine Gläubiger zu betrügen; allein diese Bestimmung müsse aus anderen Gesetzen dahin eingeschränkt

schränkt erklärt werden, wenn nemlich etwas dem Schuldner noch nicht deferirt worden, oder demselben noch nicht ipso iure anheimgefallen sey. 2) An demjenigen, was dem Schuldner entweder schon deferirt, oder wol gar ipso iure anheimgefallen sey, komme ihm ein ius praesens und parum zu, daher dasselbe gleichsam als ein Theil seines Vermögens betrachtet, und folglich die Verstoßung zu den Vermögens-Verringerungen gerechnet werden müßte, besonders alsdann, wenn der Schuldner etwas ausschlage, was ihm bereits ipso iure erworben war. Selbst Modestin bestätige diesen Grundsatz in dem *L.* 23. *D. de donationibus* dadurch, daß er einen Nicht-Erwerb, worauf jemanden ein ausgemachtes Recht zustehe, zu den Schenkungen rechne, eine Schenkung aber immer eine Sache voraussetze, die sich in dem Vermögen des Schenkers bereits vollkommen befand. 3) Würde im entgegengesetzten Fall ein Widerspruch in den Gesetzen entstehen, indem Africanus im *L.* 26. *de bonis libertorum* die von dem Erben eines Freygelassenen, zum Nachtheil des Patrons betrüglicher Weise unternommene Repudiation eines dem Freygelassenen hinterlassenen Vermächtnisses, für ungültig erkläre, und zwar aus dem Grunde, weil das Vermächtniß ipso iure erworben, und daher als ein Theil des Vermögens des Freygelassenen von diesem Rechtsgelehrten angesehen werde. Berger [52]), welcher auch dieser Meinung beypflichtet, nimmt jedoch an, daß die von dem Schuldner geschehene Verstoßung eines Erwerbs alsdann indistincte als gültig angenommen werden müsse, wenn solche entweder zum Vortheil seiner Kinder, oder sonstiger nahen Anverwandten, geschehen ist, weil man hier annehmen müßte, daß diese Handlung von dem Schuldner mehr aus Zuneigung, als in der Absicht, seine Gläubiger zu betrügen, unternommen worden.

Anlangend endlich III. diejenigen Rechtslehrer [53]), welche die Nicht-Erwerbung des Schuldners vor entstan-

standenem Concurse allgemein für gültig erklären, und den Gläubigern das Revocations-Recht schlechtweg absprechen, so bedienen sich diese vorzüglich folgender Gründe. Es ist, sagen sie, 1) zwar nicht zu leugnen, daß der Schuldner die natürliche sowol, als bürgerliche Verbindlichkeit auf sich habe, den Gläubigern das, was er ihnen schuldig ist, zu entrichten, und mithin auch zum Vortheil seiner Gläubiger zu erwerben; allein hieraus folgt noch nicht das Recht der Gläubiger, einen von demselben verstoßenen Erwerb von einem Dritten zu revociren, sondern nur blos das Recht, auf die Bestrafung des Schuldners zu dringen, wenn er den Erwerb betrügerischer Weise, zum Nachtheil seiner Gläubiger, unterläßt. Denn es fehlt hier an dem Grunde der prätorischen Billigkeit, vermöge welcher der Prätor den Gläubigern die Revocation einer, von dem Schuldner vor entstandenem Concurse betrüglicher Weise unternommenen Vermögens-Verringerung, verstattete. Denn wenn auch a) ein Dritter, welcher durch die Nicht-Erwerbung des Schuldners einen Vortheil erhalten hat, wußte, daß der Schuldner die Erwerbung in der Absicht verstieß, um seine Gläubiger zu betrügen, oder wol gar mit ihm zu diesem Ende colludirte; so kann man doch nicht sagen, daß der Schuldner solchen auf ihn übertragen habe, indem dies, daß der Schuldner etwas ausschlug, nur blos zur Folge hatte, daß dem Dritten das Ius acquirendi anheimfiel, mithin der Dritte nicht ex facto debitoris, oder aus der Uebertragung desselben, sondern iure suo et proprio erwarb. Z. B. wenn der Schuldner eine Erbschaft ausschlug, welche nunmehr diesem Dritten deferirt wurde. Eben so b) wenn der Dritte nicht um die betrügerische Absicht des Schuldners wußte, kann man denselben nicht zur Restitution des durch die Verstoßung des Schuldners erhaltenen Erwerbs verbindlich halten, indem der Grund der prätorischen Billigkeit: nemo cum damno alterius

fieri debet locupletior, auch hier wegfällt, indem dieser Grund nicht allgemein anzunehmen ist, sondern unter der Einschränkung verstanden werden muß, wenn Jemand durch die Sache eines andern, oder aus der Sache desselben, mit dem Nachtheil entweder des Eigenthümers, oder eines Dritten, Vortheil erhalten hat: dies aber hier nicht der Fall ist, indem der verstoßene Erwerb noch nicht ein Theil des schuldnerischen Vermögens war. 2) Bestätigen die Gesetze ausdrücklich die Befugniß des Schuldners, vor entstandenem Concurse, Erwerbungen zu verstoßen, und sprechen den Gläubigern die Befugniß ab, selbige zu revociren. Zwar gestattet der Prätor Paulus in seinem Edict, womit uns Ulpian im *L.* 1. *pr. D. quae in fraudem Creditorum* bekannt macht, den Gläubigern allgemein das Recht, betrügerische, zu ihrem Nachtheil von dem Gemeinschuldner in Ansehung seines Vermögens vorgenommene Dispositionen umzustoßen; allein, der Rechtsgelehrte Ulpian schränkt diese prätorische Verordnung bey der Interpretation des prätorischen Edicts ausdrücklich auf die von dem Schuldner unternommene Vermögens-Verringerung ein, und spricht den Gläubigern im *L.* 6. *pr. D. quae in fraudem Creditorum* den Gebrauch, der aus diesem Edict entspringenden Rechtswohlthaten ab, wenn die Disposition des Schuldners, in Ansehung seines Vermögens, nicht in einer Vermögens-Verringerung, sondern in einer bloßen Nicht-Erwerbung besteht.

50) Vergleiche *Vincent* DE FRANCHIS in Decis. *Decis.* 101. *nr.* 3. und die daselbst angeführten Rechtslehrer. *David* MAEVIUS in Discuss. levamin. inopiae debitorum. *C.* 4. *Lect.* 2. *nr.* 30. *seq. et Cap.* 5. *nr.* 137. *Io.* SCHILTER in praxi iuris Romani. *Exercit.* 46. *th.* 53.

51) *Benedict.* CARPZOV in Decision. *P.* 2. *Dec.* 161. *nr.* 20. *seq. Ioh.* BRUNNEMANN ad *L.* 26. *D. de bon. libertor. nr.* 3. *seq. Carl Gothofr.* ITTIG in

Diss.

Diss. de intermiss. adquilitionis in praeiudic. tertii. §. 35. *Io. Henr.* DE BERGER in Oecon. Iur. *L.* 2. *T.* 2. §. 34. *not.* 21. *pag.* 300.

52) a. a. O.

53) *Gustav Bernh.* BEEMANN D. de debitore obaerato in praeiudicium creditorum non adquirente. §. 15. *seq.*, in welcher vortrefflichen Abhandlung diese Materie meisterhaft erörtert ist.

§. 123.

Prüfung dieser verschiedenen Meinungen, und Resultat.

Prüft man diese verschiedenen Meinungen der Rechtslehrer über den Punct, ob der Gemeinschuldner vor entstandenem Concurse, zum Nachtheil seiner Gläubiger, einen zu machenden Erwerb gültig und so verstoßen könne, daß die Gläubiger denselben nicht zu revociren berechtiget sind, so ergiebt sich allemal der Vorzug der letzteren Meinung, welche dem Schuldner die Befugniß, einen jedweden Erwerb zu verstoßen, zuspricht, und den Gläubigern das Recht versagt, diese Verstoßung anzufechten, und den unterlassenen Erwerb zu revociren. Denn läßt sich gleich nicht leugnen, daß die gegentheilige Meinung der Billigkeit weit angemessener ist, so vermag doch die Billigkeit da nichts, wo Gesetze reden, welche, wenn sie auch wirklich noch so hart sind, doch immer den Vorzug behalten müssen.

Die Gesetze der Pandecten verordnen mit ausdrücklichen Worten, daß ein Schuldner vor entstandenem Concurse einen zu machenden Erwerb gültig soll verstoßen können, wenn er auch die Absicht hat, dadurch die Gläubiger zu betrügen. Den Gläubigern wird zur Revocation dieser verstoßenen Erwerbung die Paulianische Klage schlechterdings abgesprochen, und ein anderes Rechtsmittel giebt es nicht, mittelst welchem sie solche zurückrufen könnten. Ausdrücklich sagt Ulpian bey der Interpretation des prätorischen Edicts im *L.* 6. *pr. D.*

quae in fraudem Creditorum: quod autem, cum possit ALIQUID QUAERERE, NON ID AGIT, UT ADQUIRAT, ad (hoc) Edictum non pertinet: pertinet (enim) Edictum AD DEMINUENTES PATRIMONIUM SUUM, NON AD EOS, QUI ID AGUNT, NE LOCUPLETENTUR. Diese Verordnung des Pandecten-Rechts ist auch nicht durch neuere Gesetze, am wenigsten aber durch die Novelle 135. *Cap.* 1. aufgehoben. Justinian verordnet in diesem Gesetze, daß kein Schuldner zu der, seiner Ehre nachtheiligen Güter-Abtretung gezwungen werden, noch, wenn kein Gegenstand derselben vorhanden ist, in die den Schuldnern gesetzlich gedrohete Strafen durchaus verfallen soll, sondern er verleiht dem unglücklichen Schuldner zu seinem Schutz das Beneficium eiurationis, oder die Ableistung eines Eides: *quod nulla rerum causa occasione, aut aurum reliquum habeat, unde aeris alieni supplementum faciat*, und fügt nun hinzu: *Praeterea, si qua ipsi* (nemlich dem Schuldner) *iura Lex vel ex hereditate vel cognatorum donatione in rebus mobilibus praestet, in quarum possessione nondum constitutus sit, competere tamen ipsi videantur, possintque Creditores* vel *partem* ex iis, vel etiam *totum* colligere, *extra tamen res uxoris*, siquidem revera ad illam pertineant, hoc fiat, Creditoribusque huiusmodi actionum vindicandi, et in Personam eius, qui aliquando iurium futurus sit Dominus, actiones instituendi, sive praesens debitor est, sive non, et (ut simpliciter dicamus) quo ad actionem et vindicationem rerum consistendi in persona eius, qui ita fuerit obnoxius, licentia sit. Justinian erlaubt hier den Gläubigern, nachdem sich der Gemeinschuldner das Beneficium eiurationis bedienet hat, sich derjenigen Rechte des Schuldners anzumäßen, welche demselben zustehen, und auf einen Erwerb abzwecken, um, wo möglich, dadurch einigermaßen zu ihrer Befriedigung zu gelangen. Abstrahiren wir auch davon,

daß

daß diese Novelle nicht gloſſirt iſt, und daher ihr der heutige Gebrauch ſtreitig gemacht werden kann, ſo iſt doch in derſelben nichts enthalten, wodurch dem Recht der Pandecten derogirt worden wäre. Denn ſo ſetzt dieſe Novelle, wie aus der Einleitung erſichtlich iſt, einen bereits entſtandenen Concurs voraus, und kann mithin nicht auf das angewendet werden, was vor dem Ausbruch des Concurſes, wovon hier die Rede iſt, Rechtens iſt [54]).

Wir haben geſehen, daß die Geſetze der Pandecten dem Schuldner ganz allgemein erlauben, einen vor entſtandenem Concurſe zu machenden Erwerb gültig zu verſtoßen, und den Gläubigern das Recht abſprechen, denſelben zu revociren; allein damit iſt noch nicht die Frage beyſeitiget: ob nicht dieſe Geſetze eingeſchränkt erklärt werden müſſen, oder von allem möglichen Erwerb zu verſtehen ſind? mithin der gegentheiligen Behauptung noch nicht ganz begegnet. Es iſt daher unſere Pflicht, da wir der oben erwähnten letzteren Meinung der Rechtslehrer durchgängig beygetreten ſind, auch zu zeigen, daß dieſe Verordnung der Geſetze, von allen nur möglichen, von dem Schuldner zu machenden, aber unterlaſſenen Erwerb, verſtanden werden müſſe.

Dasjenige, was ein Schuldner zu erwerben unterläßt, kann von einer dreyfachen Beſchaffenheit ſeyn. Nemlich 1) etwas, was ihm nicht einmal deferirt worden, er aber gleichwol doch hätte erwerben können. 2) Etwas, was ihm wirklich deferirt iſt, und 3) etwas, was ihm zwar ipſo iure, jedoch noch erſt unvollkommen, war erworben worden. Ich will zeigen, daß der Schuldner, er möge zu erwerben unterlaſſen, was er will, von den Geſetzen gerechtfertiget, und den Gläubigern die Revocation des Erwerbs durchgängig abgeſprochen werde.

54) Dies ſcheint auch ſelbſt Mävius, der vorzüglich behauptet, daß in der Novelle 135. das Pandecten-Recht abgeän-

geändert worden, eingesehen zu haben, indem er in seinem Comment. ad ius Lubec. *P.* 2. *Tit.* 2. *Art.* 12. *Nr.* 457. die Nicht-Erwerbung des Schuldners für zu Recht beständig erklärt.

§. 124.

Fortsetzung.

Wenn 1) der Schuldner etwas zu erwerben unterläßt, was ihm nicht einmal war deferirt worden, so leidet es im mindesten keinen Zweifel, daß diese seine Handlung zu Recht beständig sey, und der unterlassene Erwerb nicht von den Gläubigern revocirt werden könne. Denn wollte man die Worte des Ulpians im *L.* 6. *pr. D. quae in fraudem Creditorum* auch noch so eingeschränkt erklären, so würde doch, vermöge derselben, diese Handlung des Gemeinschuldners entschuldiget werden müssen, weil sonst gar nicht abzusehen seyn würde, worauf Ulpian hier Rücksicht genommen haben sollte; zumal da wegen der Ungewißheit eines solchen Erwerbes, die Gläubiger am wenigsten gefährdet werden. Allein wir bedürfen nicht einmal dieser so gegründeten Vermuthung, indem selbst dieser Rechtslehrer a. a. O. §. 1. zur Erläuterung seiner zuvor aufgestellten generellen Grundsätze hinzufügt: unde, *si quis ideo conditioni non paret, ne committatur stipulatio*, in ea conditione est, ne faciat huic Edicto locum, und an einem andern Ort ") gleiche Grundsätze hegt, mithin, sich noch überdies ganz deutlich und bestimmt darüber erklärt, daß der Schuldner jeden zu machenden Erwerb, der ihm nicht einmal ist deferirt worden, gültig auszuschlagen berechtiget seyn soll. Wenn daher der Schuldner etwas, was ihm noch nicht ist deferirt worden, zu erwerben vernachlässiget, so können die Gläubiger solches nicht revociren, er möge dabey verfahren seyn, auf welche Art und Weise er wolle.

Wir kommen nun 2) auf die Unterlassung des Erwerbs desjenigen, was dem Schuldner wirklich ist deferirt worden, und wollen auch zeigen, daß diese nach den Gesetzen der Pandecten zu Recht beständig, und unter jenem allgemeinen Ausspruch des Ulpians begriffen sey. Wenn dem Schuldner etwas deferirt wird, so kann dieses nach dem römischen Recht auf eine doppelte Art geschehen, nemlich entweder unmittelbar, oder mittelbar durch eine Person, die sich unter seiner Gewalt befindet. In beyden Fällen erklären die Gesetze die von ihm betrügerischer Weise unterlassene Erwerbung für gültig.

Wenn erstens dem Schuldner unmittelbar etwas deferirt wurde, so konnte diese Delation entweder durch den Willen eines anderen geschehen, oder durch die Verordnung der Gesetze, und im ersteren Fall, sowol durch eine Handlung unter den lebendigen, als des Todes wegen. Schlägt der Schuldner einen Erwerb aus, welcher ihm von einem andern durch eine Handlung unter den lebendigen deferirt wird, z. B. Schenkung, so erklärt Ulpian diese Handlung im *L.* 1. *§.* 6. *D. si quid in fraudem Patroni* ausdrücklich für gültig. Er redet hier zuförderst von dem Fall, wo ein Freygelassener ein Vermächtniß zum Nachtheil des Patrons ausgeschlagen hatte, und nachdem er dieses rechtlich billiget, so fügt er hinzu: in caeteris quoque liberalitatibus, quas non admisit is libertus, *cui quis donatum voluit*, idem erit probandum. Gleichermaßen bestätiget dieser Rechtslehrer die Handlung des Schuldners, wenn er etwas, was ihm durch eine Handlung des Todes wegen ist deferirt worden, betrüglicher Weise zu erwerben verabsäumet, und von sich gestoßen hat. Proinde (sagt er im *L.* 6. *§.* 2. *D. qui in fraudem Creditorum*) et *qui repudiavit hereditatem*, vel LEGITIMAM, vel TESTAMENTARIAM, *non est in ea causa, ut huic Edicto locum faciat:*

ciat: noluit enim *adquirere*, non *suum Patrimonium deminuit* [56]). Eben dieser Meinung ist auch Valens im *L.* 67. *§.* 1. *D. ad SCt. Trebellianum*, wenn er sagt: etiam eo tempore, quo Creditorum fraudandorum consilium inieris citra periculum interdicti fraudatorii hereditatem suspectam adibis, et restitues mihi; quia et remoto fideicommissum liberum tibi fuerat *nolenti adire hereditatem*, *Creditores tuos tali commodo fraudare;* et ego nihil turpiter faciam, recipiendo eam hereditatem, quam remota postulatione mea Creditores compellere te, ut adires non potuerint. Aber nicht nur dasjenige kann, nach den dürren Worten der Gesetze, der Schuldner gültig von sich stoßen, was ihm durch eine menschliche Handlung war deferirt worden, sondern auch an demjenigen steht ihm diese Befugniß zu, was ihm nach unmittelbarer Verordnung der Gesetze deferirt wird. Denn so erklärt a) Ulpian die von dem Schuldner geschehene Repudiation, einer durch ein Testament ihm deferirten Erbschaft, nicht allein für gültig, sondern auch die Repudiation einer gesetzlich deferirten Erbschaft. Auch finden wir b) in anderen Gesetzen, daß außer der Erbschaft die Nicht-Erwerbung anderer gesetzlich deferirten Emolumente, für völlig gültig erklärt wird. Denn so lehrt Callistratus im *L.* 20. *D. quae in fraudem Creditorum:* Debitorem qui ex SCto Trebelliano totam hereditatem restituit, placet *non videri in fraudem Creditorum alienasse portionem*, quam retinere potuisset, und eben der Meinung ist Papinian im *L.* 19. *D. eod.*, wo es heißt: patrem qui non exspectata morte sua fideicommissum hereditatis maternae filio soluto potestate restituit, *omissa ratione Falcidiae*, plenam fidem ac debitam pietatem secutus exhibitionis, respondi *non Creditores fraudasse.*

Wenn zweytens dem Schuldner mittelbar etwas deferirt wird, und er dieses in der Absicht, die

Gläu-

Gläubiger zu betrügen, nicht erwirbt, so fehlt es auch hier nicht an ausdrücklichen Gesetzen, welche diese seine Handlung für rechtsbeständig erklären. Denn so lehrt selbst Ulpian im *L.* 6. *§.* 5. *D. quae in fraudem Credi-torum:* si *servum suum heredem institutum alienavit ut iussu emtoris adeat:* siquidem in venditione nulla fraus est, *sed in hereditate sit, cessat Edictum, quia licuit ei etiam repudiare hereditatem.* Atsi in ipsa Servi alienatione fraus est; revocabitur, quemadmodum si eum in fraudem manumisisset. Hätte der Schuldner seinen zum Erben eingesetzten Knecht nicht veräußert, so würde er durch denselben die Erbschaft erworben haben, und gleichwol erklärt Ulpian diese Handlung des Schuldners für gültig, weil sie auf die Verstoßung eines ihm mittelbar deferirten Erwerbs abzweckte, sobald nur nicht in der Veräußerung des Knechts selbsten eine betrügerische Absicht zum Grunde lag, denn in solchem Fall hätte die Veräußerung als eine Vermögens-Verringerung von den Gläubigern angefochten werden können.

55) *L.* 1. §. 6. *D. si quid in fraud. patroni.*

56) Vergleiche auch *L.* 1. §. 6. *D. si quid in fraud. patroni.*

§. 125.

Fortsetzung.

Es bleibt uns noch übrig, auch drittens zu beweisen, daß unter jenem oben erwähnten Lehrsatz des Ulpians auch der Fall enthalten sey, wo nemlich der Gemeinschuldner vor entstandenem Concurse etwas verstößt, was ihm zwar ipso iure jedoch noch erst unvollkommen war erworben worden, mithin auch diese Nicht-Erwerbung für gültig angesehen werden müsse, und die Gläubiger solche nicht an-

fechten können. Ich habe oben gezeigt, daß nach römischen Rechts-Begriffen, Jemanden sowohl eine res singularis, als eine universitas iuris, ipso iure, erworben werden könne, und daß erstere sich in Ansehung eines pure oder unter einer schon existirenden Bedingung hinterlassenen Vermächtnisses, das letztere aber sich in Ansehung der Verlassenschaft des Testators bey einem unter seiner Gewalt sich befindenden Erben zutrage. Wenn 1) der Gemeinschuldner ein Vermächtniß ausschlägt, so bestätiget Ulpian ausdrücklich diese seine Handlung, und spricht den Gläubigern die Revocation des Vermächtnisses, mittelst der Paulianischen Klage ab. Sed et illud sagt er: im *L.* 6. *§.* 4. *D. quae in fraudem Creditorum*, probandum, SI LEGATUM REPUDIAVIT, cessare Edictum, quod Iulianus quoque scribit, und eben diese Meinung hegt er im *L.* 1. *§.* 6. *D. si quid in fraud. Patroni*, wo er die von einem Freygelassenen zum Nachtheil des Patrons unternommene Repudiation eines Vermächtnisses für gültig erklärt [57]).

Was 2) den Fall anbetrifft, wo der Schuldner eine ihm ipso iure vor entstandenem Concurse erworbene Erbschaft, in der Absicht, die Gläubiger zu betrügen, von sich stößt, so ist dieser freylich mehreren Schwierigkeiten unterworfen, als der vorige Fall, indem es hier an ausdrücklichen Gesetzen fehlt, welche diese Nicht-Erwerbung des Schuldners für gültig erklärten, und es wirklich scheint, als wenn Ulpian hier eine Ausnahme von seinem allgemeinen Lehrsatz machen wollen, indem er bey der Erläuterung desselben im *L.* 6. *§.* 2. *D. quae in fraudem Creditorum* nur blos die Verstoßung, einer deferirten Erbschaft für gültig erklärt, da er doch sehr leicht auch der ipso iure erworbenen Erbschaften hätte gedenken können. Allein demohnerachtet, so hat es keinen Zweifel, daß auch eine ipso iure vor entstan-

de-

denem Concurse erworbene Erbschaft, von dem Gemeinschuldner gültig verstoßen werden könne. Denn da der Prätor den Kindern das beneficium abstinendi verliehen hat, so gehört eine ipso iure erworbene Erbschaft noch so lange zu den unvollkommenen Erwerbungen, bis selbige sich entweder ausdrücklich oder stillschweigend über die willkührliche Erwerbung erkläret haben, mithin läßt sich hier eben derselbe Grund analogisch anwenden, vermöge welchem Ulpian die Repudiation eines Vermächtnisses für gültig erklärt [58]).

57) Diesen steht auch nicht *L.* 26. *D. de bonis libertorum* entgegen, welches Gesetz, wie oben ist gezeigt worden, die Gegner für ihre Behauptung anführen. In diesem Gesetz ist nemlich nicht davon die Rede, ob der Freygelassene ein Vermächtniß zum Nachtheil des Patrons repudiiren kann, sondern blos davon, ob der Erbe des Freygelassenen dieses von dem Freygelassenen nicht selbst repudiirte Vermächtniß auszuschlagen befugt ist; und dieses letztere leugnet Africanus aus dem Grunde, weil gegenwärtig das Vermächtniß, da es der Freygelassene selbst nicht repudiirt hatte, als eine vollkommne Erwerbung desselben angesehen wird. Ueberdies kann das, was hier von dem Erben des Freygelassenen gesagt wird, der besonderen Umstände wegen nicht auf den Freygelassenen selbst angewendet werden, welcher nach der deutlichen Lehre des Ulpians in dem im Paragraphen angeführten Gesetz, in fraudem Patroni ein Vermächtniß gültig auszuschlagen berechtiget ist.

58) Becmann in der oben angeführten Dissertation §. 21.

§. 126.

Fortsetzung.

Da also, wie wir gesehen haben, die von dem Schuldner vor entstandenem Concurse betrügerischer Weise unternommene Verstoßung eines jedweden Erwerbs durch ausdrückliche Gesetze für gültig erklärt, und den Gläubigern das Revocations-Recht abgesprochen

wird,

wird, so können auch warlich alle Gründe der Gegner nichts relevíren, welche von der Verbindlichkeit des Schuldners sein Vermögen zum Vortheil seiner Gläubiger hergenommen sind. Denn läßt sich gleich nicht leugnen, daß der Schuldner immer natürlich verbunden bleibt, sein Vermögen zum Vortheil seiner Gläubiger zu vermehren, so ist doch diese Verbindlichkeit nach bürgerlichen Gesetzen unwirksam — so unwirksam, daß die Gläubiger ihn so wenig zum Erwerbe zwingen, als den unterlassenen Erwerb mit der Paulianischen Klage revociren können. Alle Gesetze, welche die Vertheidiger der gegentheiligen Meinung anführen, müssen auch hier unbedeutend bleiben, und können nichts entscheiden, indem für unsere Behauptung deutliche Gesetze reden, und da, wo dies der Fall ist, alle Gesetze hintenangesetzt werden müssen, welche nur etwa bey dem Mangel deutlicher Gesetze zur Entscheidung aufgebracht werden könnten. Dies vorausgesetzt, verlohnt es sich nicht der Mühe, ein jedes Argument der Gegner noch besonders zu widerlegen, indem alle ihre Argumente, welchen wir nicht schon oben bey Gelegenheit begegnet haben, theils von der Billigkeit, die doch da, wo Gesetze reden, hintenangesetzt werden muß [59]), theils von Gesetzen abstrahirt sind, welche gar nicht zu dem vorliegenden Fall gehören.

Erkläre ich also gleich alle vor entstandenem Concurse von dem Gemeinschuldner betrügerischer Weise geschehene Verstoßung eines zu machenden Erwerbs, er sey von welcher Art und Weise er wolle, für völlig gültig und zu Recht beständig, und spreche den Gläubigern das Revocations-Recht ab, so muß ich jedoch noch erinnern, daß ich diesen Satz nur unter der nothwendigen Bedingung annehme, wenn die Nicht-Erwerbung des Gemeinschuldners eine wahre Nicht-Erwerbung ist, nicht alsdann, wenn sie nur eine solche zu seyn scheint,

je-

jedoch aber eigentlich wie eine Verringerung seines Vermögens betrachtet werden muß. Hieher gehört 1) der Fall, wo nemlich der Schuldner auf ein ihm zuständiges und schon vollkommen erworbenes Recht renunciirt, welches auf einen Erwerb abzweckt, wenn auch gleich solches erst von einer Bedingung abhängig seyn sollte. Denn da Rechte ebenfalls zu dem Vermögen eines Menschen gehören, so wird hier durch die Verzichtsleistung auf dieses Recht wirklich das Vermögen des Schuldners verringert. Wenn daher z. B. der Schuldner betrügerischer Weise auf diejenigen Emolumente Verzicht leisten wollte, welche er aus den Ehepacten oder andern Verträgen erworben hat, so würde diese Renunciation als eine Vermögens-Verringerung von den Gläubigern mit der Paulianischen Klage angefochten werden können. Ferner 2) gehört hieher auch der Fall, wo nemlich der Gemeinschuldner mit der Verstoßung eines zu machenden Erwerbs eine ausdrückliche Uebertragung desselben auf einen Dritten verbindet. Denn in solchem Fall wird es so angesehen, als wenn der Schuldner wirklich erworben, und den gemachten Erwerb auf diesen Dritten transferirt hat, mithin muß seine Handlung wie eine Vermögens-Verringerung angenommen, und den Gläubigern zur Revocation die Paulianische Klage verstattet werden. Si donaturum mihi iussero, lehrt Ulpian im *L.* 3. *§.* 13. *D. de donationib. inter V. et V.* uxori meae dare: ait enim Iulianus nullius esse momenti: *perinde enim habendum, atque si ego acceptam, et rem meam factam, uxori meae dedissem:* quae sententia vera est. Der Unterschied zwischen diesem Fall, und dem Fall, wo nemlich der Schuldner einen Erwerb verstieß, welcher nunmehr nach gesetzlicher Verordnung, oder nach dem Willen desjenigen, von dem er herrührte, einem Dritten deferirt wurde, ergiebt sich leicht von selbst, indem der Drit-

te in einem solchen Fall iure suo et proprio, in dem hier unterstellten Fall aber ex iure debitoris erwirbt [60]).

Noch eine Bemerkung, ehe ich diese Materie verlasse. Wie! wenn der Schuldner einen Erwerb in der betrügerischen Absicht, um die Gläubiger an ihrer Befriedigung zu kränken, zum Schein verstößt, gleichwol aber bewirkt, daß ihm derselbe, auf einem andern Wege, und so zuwächst, daß die Gläubiger davon nicht participiren können? Einen Fall dieser Art erzählt Berlich [61]), den ich zur Erläuterung hier anführen will. Ein verschuldeter Ehemann leistete auf die statutarische Portion seiner Ehefrau in der Absicht, seine Gläubiger zu betrügen, Verzicht, traf aber mit seiner Ehefrau die Uebereinkunft, daß sie ihn im Testament zum Erben einsetzte, jedoch zugleich verordnete, daß von dieser Erbschaft nichts auf die Gläubiger kommen sollte. Die Leipziger- und Wittenbergischen Rechtslehrer erklärten die Renunciation des Schuldners auf die statutarische Portion sowol, als die testamentarische Disposition der Ehefrau für null und nichtig. Ich gebe zwar gerne zu, daß auf den Fall, wenn der Schuldner etwas zum Schein verstößt, jedoch aber wirklich erwirbt, diese simulirte Handlung, so wie jede andere simulirte Handlung null und nichtig sey, und besonders einem Dritten, wie hier den Gläubigern, nicht zum Nachtheil gereichen kann. Allein ob bey dem vorgetragenen Rechtsfall die Renunciation des Ehemanns umgestoßen, und das Testament der Ehefrau für ungültig erklärt werden konnte, bleibt noch allemal eine große Frage, indem hier der Ehemann auf einem anderen Wege erwarb, seine betrügerische Verzichtleistung auf die statutarische Portion nach den oben angeführten Grundsätzen als gültig angenommen werden mußte, und dem Testament seiner Ehefrau hier wirklich nichts entgegenstand, indem sie als eine

drit-

dritte Person über ihr Vermögen so disponiren konnte, als sie wollte.

59) In Meditat. ad Pandect. *Spec.* 492. *med.* 4.

60) Becmann a. a. O. §. 25.

61) In Decisionib. *Part.* 1. *Decis.* 114. *no.* 19.

§. 127.

β) Untersuchung was Rechtens sey, wenn durch solche Nicht-Erwerbung des Schuldners der landesherrliche Fiscus Nachtheil erlitten hat.

Wir haben bisher gesehen, was Rechtens sey, wenn die übrigen Concurs-Gläubiger durch eine betrügerische Nicht-Erwerbung des Gemeinschuldners Nachtheil erlitten haben; jetzt wollen wir auch untersuchen, was Rechtens ist, wenn diese Läsion den landesherrlichen Fiscus [62]) betrifft. So wie der landesherrliche Fiscus auf den Fall Vorzüge genießt, wenn der Schuldner sein Vermögen zum Nachtheil seiner Gläubiger verringert hat, eben so genießt er auch derselben in dem Fall, wenn dieser Nachtheil durch eine Nicht-Erwerbung desselben, vor entstandenem Concurse beschaffet ist. Wenn nemlich der Schuldner vor entstandenem Concurse etwas in der Absicht, um den Fiscus zu betrügen, zu erwerben unterläßt, so erlauben die Gesetze dem Fiscus solchen Erwerb zu revociren. In fraudem fisci sagt Paulus in *L.* 45. *pr. D. de iure fisci*, non solum per donationem, sed quocunque modo res alienatae revocantur, IDEMQUE IURIS EST, ET SI NON QUAERATUR: aeque enim in omnibus fraus punitur. Zwar behauptet Andreas Alciatus [63]), daß die Worte dieses Gesetzes ET SI NON QUAERATUR — nicht von dem unterlassenen Erwerb des Schuldners überhaupt verstanden werden müßten, sondern nur blos

von

von der Verstoßung eines noch nicht ganz vollkommenen Erwerbes, welchen der Rechtsgelehrte Paulus zum Vortheil des Fiscus hier nach den Grundsätzen von der Alienation beurtheilet wissen wollen. Allein diese Behauptung verdient um deswillen nicht den mindesten Beyfall, weil 1) in diesem Gesetz die Alienation und Nicht-Erwerbung gerade einander entgegengesetzt wird, und nun 2) der Rechtsgelehrte den Fiscus dadurch allgemein begünstiget, daß er hinzufügt, aeque enim *in omnibus* fraus punitur, mithin nach allen Regeln der Auslegungskunst die Worte: ET SI NON QUAERATUR von einem jedweden von dem Schuldner verstoßenen Erwerb verstanden werden müssen.

Steht also gleich nach den dürren Worten der Gesetze dem Fiscus das Recht zu, einen jedweden von dem Schuldner vor entstandnem Concurse verstoßnen Erwerb, in so weit er dadurch lädirt ist, zu revociren, so muß doch dieses Fiscus-Recht nothwendig unter folgenden Einschränkungen verstanden werden, nemlich a) wenn der Schuldner die Absicht gehabt hat, den Fiscus zu betrügen, indem die Anfangsworte des *L.* 45. *pr. D. de iure fisci* solches deutlich als conditio sine qua non unterstellen. Diese Absicht des Schuldners wird hier eben so wenig, als überhaupt eine betrügerische Absicht von ihm vermuthet, daher auch Ulpian im *L.* 26. *D. de iure fisci* sagt: cum quidam capitis reus emanci posset filium, ut hereditatem adiret, praescriptum est, non videri in fraudem fisci factum, quod adquisitum non est [64]). b) Wenn der von dem Schuldner verstoßene Erwerb ein gewisser und bestimmter Erwerb war, z. B. Schenkung, Vermächtniß, Erbschaft u. s. f. und titulo lucrativo von dem Schuldner entgegen genommen werden konnte, weil sich im entgegengesetzten Fall, wegen der Unbestimmtheit des Erwerbes, die-

dieses Recht des Fiscus nicht in Ausübung bringen lassen würde.

Sonst stehen dem Fiscus zur Revocation eines von dem Schuldner verstoßenen Erwerbes dieser Art, eben dieselben Rechtsmittel zu, welche ihm in den Fall zuständig sind, wenn der Schuldner zu seinem Nachtheil eine Vermögensverringerung unternommen hat, und bedarf er auch hier der Paulianischen Klage nicht, welche so überhaupt nur zur Zernichtung einer Vermögensverringerung des Schuldners den Gläubigern gestattet ist.

62) Wenn ich mich sowohl hier als oben des Ausdrucks landesherrlichen Fiscus bediene, so schließe ich dadurch nicht das Fiscus-Recht anderer Staatshoheiten in Deutschland aus, sondern es versteht sich dieses Privilegium natürlich von selbst, sobald nur ein Fiscus in dem Begriff des römischen Rechts gedacht werden kann. Da den Reichsstädten ebenfalls das Ius fisci zuständig ist, so gilt auch in Ansehung des Reichsstädtischen Fiscus eben das, was von dem landesherrlichen Fiscus gesagt worden. Vergleiche Oelze a. a. O.

63) Parergor. *L.* 3. *C.* 19.

64) Wenn ich hier ein Gesetz so ganz beyläufig anführe, welches den Auslegern so viel zu schaffen gemacht hat, und es zur Unterstützung eines Satzes brauche, auf den es nie ist angewendet worden, so muß ich mich deshalb noch im kurzen rechtfertigen. Die Ausleger dieses Gesetzes nehmen nur blos auf die Worte desselben — non videri in fraudem fisci factum, quod adquisitum non est, Rücksicht, wissen nun solches nicht mit der Lehre des Ulpians im *L.* 45. *pr. D. de Iure fisci* zu reimen, wo offenbar das Gegentheil gesagt wird, und verfallen daher zur Vereinbarung dieser nun einander wirklich widersprechenden Gesetze auf verschiedene Interpretationen. Vergleiche CUIACIUS in Recitat. ad diverſ. Dig. titul. ad *L.* 26. *D. quae in fraud. credit.* *Wollffgang Adam* LAUTERBACH. Colleg. theoret. pract. Tit. *quae in fraud. Creditor. §.* 8. *Auguſtin* DE LEYSER Medit. ad Pandect. *Spec.* 497. *Med.* 1. *Marc. Ant.*

PEREGRINUS de Iure fisci *L.* 5. *T.* 1. *nr.* 19. u. a. m. Reißt man aber nicht einige Worte des Gesetzes aus ihrem Zusammenhang mit dem Ganzen, sondern erwägt das Gesetz in seinem ganzen Umfang, so leuchtet es sogleich ein, daß es mit dem *L.* 45. *D. eod.* nicht im mindesten Widerspruch steht, sondern vielmehr dasselbe aufs beste bestätiget. Der Rechtsgelehrte Paulus redet hier von einem Schuldner des Fiscus, der seinen Sohn emancipirte, um eine Erbschaft anzutreten, die sonst dem Schuldner erworben seyn würde, wenn er den Sohn in der väterlichen Gewalt zurück behalten haben würde. Er sagt, hier sey auf Seiten des Schuldners nicht die Absicht, zu vermuthen, daß er den Fiscus betrügen wollen. Und warum nicht? weil man eher annehmen konnte, daß er solches zur Begünstigung seines Kindes gethan habe. Die Worte: quod non acquisitum est, sind hier blos als Ueberfluß mit angeführt, und dienen zur Erläuterung, sollen aber im mindesten hier nicht die Frage entscheiden: ob der Gemeinschuldner zum Nachtheil des Fiscus einen Erwerb ausschlagen könne?

Druckfehler, Verbesserungen, und Zusätze.

S. 32. Zeile 21. muß statt — sondern derselbe hat einen ganz anderen Grund — sondern derselbe wird aus einem ganz anderen Grunde abgeleitet — gelesen werden.

S. 35. Not. 38) muß statt *Lipsi.* 1791. — *Wittenberg* 1791. — gelesen werden.

S. 38. Zeile 32. und 33. ist statt der Worte — indem die unter der ersten und zweyten Nummer — indem die unter der ersten und dritten Nummer — zu lesen.

S. 39. und 40. zum §. 13. hätte noch in der Note 45) KLÜGEL de cautionis citat. edictal. §. 2. angeführt werden sollen, welcher ebenfalls von der Ableitung des Worts — Cridarius — handelt.

S. 45. Note 50) ist noch die Litteratur durch CANZ de Contradictore in concursu creditorum D. *Tubing.* 1769. und BREUNING D. de curatore litis in concursu Creditorum. *Lipsi.* 1768. zu suppliren. Ich kann hierbey nicht umhin, noch zu bemerken, daß fast alle Rechtslehrer, die ich zu Rathe gezogen habe, die Begriffe verwechseln, und immer dem Contradictor Geschäffte zuschreiben, die doch eigentlich dem Güter-Vertreter angehören.

S. 46. 82. 93. 113. 114. und a. m. O. ist statt — Gläuberischer — Gläubigerischer — zu lesen.

S. 56. zur Note 76) hätte noch bemerkt werden müssen, daß, wenn bey einem Wechsel-Geschäfft der Aussteller des Wechsels im Concurs verfällt, aus einem gleichen (dorten angegebenen Grunde) das für den Wechsel gegebene Geld, oder die Wechsel-Sache, wenn sie noch bey ihm vorhanden ist, vindicirt werden könne. Vergleiche Puttmanns Grundsätze des Wechsel-Rechts §. 194. *Ioh. Georg.* MOENCKEBERG D. sistens adumbrationem Iuris Cambialis in concursu Creditorum. *Goetting.* 1738. *C.* 2.

S. 80. Zeile 7. ist nach den Worten — des verbundenen geschieht. — noch einzuschalten — Besonders wird ausdrücklich im *L. ult. D. ad Leg. Iul. de vi privata* den Gläubigern bey schwerer Strafe untersagt, die Güter ihres Schuldners privata auctoritate zu occupiren.

S. 99.

S. 99. folg. zum §. 36. hätte noch STEIN D. num Creditores moto concurſu in omnia Iura, et Obligationes debitoris obaerati ſuccedant et hinc ſucceſſores Univerſales habendi ſint? *Roſt.* 1781. angeführt werden ſollen, welcher auch der von mir geführten Behauptung beytritt.

S. 107. zur Note 64) hätte noch bemerkt werden ſollen, daß der Prätor in dem Edict, wodurch die Paulianiſche Klage den Gläubigern verliehen wurde, ihnen auch zugleich das Recht zugeſtanden habe, gegen den böſen Schuldner auf Strafe zu dringen, und dahin die Worte des *L.* 1. *pr. D. quae in fraud. Creditor.*: „*Idque etiam adverſus ipſum, qui fraudem fecit, ſervabo*„ interpretirt werden müſſen. Vergleiche Hänlein in der D. de actionis Paulianae natura requiſitis et uſu forenſi. §. 17.

S. 126. Zeile 16. lies ſtatt — arto concurſu — orto concurſu, und ebendaſelbſt Z. 25. ſtatt — dota — data.

S. 148. zur Note 12) iſt noch hinzuzufügen — Das Gegentheil behaupten jedoch der oben angeführte Zoller und Bauer in Opuſcul. *T.* 1. *pag.* 397.

S. 253. Note 29) muß ſtatt — *Eguin.* BORO — *Eguin.* BARO — geleſen werden.

Zum §. 105 — 107. hätte noch Adolph Dieterich Weber Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. Siebente Betrachtung. angeführt werden ſollen, welcher zwar im Ganzen meiner Meinung beypflichtet, ſich aber über die Antinomie zwiſchen *L.* 10. *§.* 13. *D. quae in fraud. Credit.* und *L.* 22. *D. eod.* nicht deutlich erklärt.

S. 330. Zeile 11. lies ſtatt — den Ausdruck — den Ausſpruch.

S. 368. Zeile 27. iſt ſtatt emanci poſſet — emancipaſſet zu leſen.

EIGENTHUM DER STADT AUGSBURG

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Dabelow, Christoph Christian <<von>>,

Versuch einer ausführlichen systematischen Erläuterung der Lehre vom Concurs der Gläubiger

Bd.: 1

Halle (1792)

Augsburg, Staats- und Stadtbibliothek -- H 536 -1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11251255-6
VD18 15480194-001